



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit international privé et du commerce
international**

**Dirigé par Monsieur le professeur Louis D'AVOUT
2019**

Les limites du droit français à l'arbitrage international

*Le rôle de la notion d'arbitrabilité dans l'évolution de la faveur à
l'arbitrage international*

Nour ABI RACHED

Sous la direction de Mme le professeur Marie GORÉ

PLAN SOMMAIRE

Introduction

Titre I - Les limites du droit français à l'arbitrage international: contours et fondements

Chapitre I- Questions préliminaires

- Section 1- Le principe de compétence-compétence, règle matérielle du droit français
- Section 2 - La loi applicable à la question de l'arbitrabilité du litige

Chapitre II- Les critères de l'inarbitrabilité objective: une détermination problématique

- Section 1- L'arbitrabilité objective du droit français
- Section 2- La compétence exclusive d'un juge étatique: un critère d'inarbitrabilité?

Titre II- L'incidence des critères d'arbitrabilité sur le développement de la *favor arbitrandum*

Chapitre I- L'arbitrage en droit des sociétés : l'exemple d'un "libéralisme croissant"

- Section 1- Le droit des sociétés: un domaine propice à l'arbitrage malgré l'implication de l'ordre public
- Section 2- La résistance, aujourd'hui dépassée, de certains litiges sociétaires à l'arbitrage

Chapitre II- Le droit des procédures collectives: l'ordre public le plus contraignant à l'égard de l'arbitrage

- Section 1- La compétence exclusive, triomphe de l'ordre public
- Section 2- Le domaine de l'inarbitrabilité en matière de procédures collectives

Conclusion

Introduction

L'arbitrage n'est pas, comme on pourrait le penser, orphelin de tout ordre juridique. L'arbitrage est par contre, l'enfant de chaque Etat dans lequel il se développe.

De *prime abord*, c'est l'Etat qui a accepté de donner naissance, à côté de sa propre justice, au phénomène de la justice privée si-nommé l'arbitrage. Enfant de l'Etat, ce dernier l'élève à sa façon, dans l'environnement qu'il lui crée et dans les limites qu'il lui dessine. Se pose alors la question des limites étatiques à l'arbitrage.

Les limites constituent les obstacles que crée l'Etat, de par son droit positif, à la réalisation d'un arbitrage notamment international. Ces limites sont principalement de deux ordres, selon le moment de l'intervention de l'Etat.

L'Etat peut interdire *ab initio* le déroulement d'un arbitrage par rapport à une matière bien déterminée; il le fait par le contrôle qu'il exerce sur l'arbitrabilité d'un litige, objective ou subjective, ainsi que par le biais d'une compétence exclusive au profit de ses juridictions empêchant la saisine d'un arbitre. Dans ces hypothèses, l'Etat prévoit l'impossibilité de recourir à l'arbitrage pour une matière déterminée, et les parties sont invitées à respecter cette restriction, avant d'entamer une quelconque procédure, en n'ayant pas recours à l'arbitrage si leur litige se rattache à ladite matière, sous peine que leur procédure arbitrale soit ultérieurement privée d'effets.

Cette peine nous mène au deuxième ordre de limites possible; c'est celui qui intervient après qu'une sentence arbitrale ait été prononcée en vue de lui empêcher de produire ses effets. Cela est possible seulement si l'Etat en question est le siège de l'arbitrage, ou bien s'il est l'Etat d'exequatur de la sentence. Dans le premier cas, le juge de l'annulation, si un recours est intenté devant lui, annulera la sentence; dans le deuxième cas, le juge d'exequatur appelé à exécuter la sentence sur son territoire n'accorde pas l'exequatur demandée. La sentence sera ainsi privée d'effets, et cela est possible pour multiples raisons¹, entre autres, pour non-arbitrabilité du litige.

L'arbitrabilité constitue donc la clé de voute dans l'étude des limites étatiques à l'arbitrage. C'est à partir de l'étude de la notion d'arbitrabilité qu'on comprendra, peut-être, comment et pourquoi un Etat empêchera le déroulement d'une procédure arbitrale ou limitera ses effets.

¹ CPC, art. 1514 sur le refus d'exequatur et art.1520 sur l'annulation de la sentence.

L'arbitrabilité se définit par l'aptitude d'une cause à être soumise à l'arbitrage² ; Elle est une « question abstraite, délicate, mal cernée, fuyante et qui suscite un certain nombre de malentendus, voire de contresens »³.

M. J-B. Racine la décrit comme une notion propre au droit de l'arbitrage, et « un néologisme inconnu des dictionnaires ».⁴ Il la définit comme « la faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage ».

La logique de l'arbitrabilité part du fait que la sphère de compétence des arbitres n'est pas illimitée et qu'elle doit avoir des limites, d'où la notion "d'inarbitrabilité" ou de non-arbitrabilité, qui marque la restriction apportée à un litige à être résolu par voie arbitrale.

C'est de cet angle de vue que nous envisagerons ladite notion au cours de cette étude, sous son aspect négatif de restriction à l'arbitrage. Sous ledit aspect, la restriction à l'arbitrage est généralement justifiée par deux types de limitations, l'une relative à la personne (*ratione personae*) et l'autre relative à l'objet (*ratione materiae*).

Dans la première hypothèse, il s'agit de l'inarbitrabilité subjective. C'est lorsque l'arbitrabilité est contestée à l'égard de l'une des parties, en raison de sa qualité ou de mission particulière qui lui interdiraient de se soumettre valablement à la justice arbitrale. Cette limite concerne essentiellement l'Etat et les organismes publics. Certains auteurs estiment qu'il y a abus de langage dans « arbitrabilité subjective » car elle concerne effectivement l'aptitude d'une personne à recourir à l'arbitrage, ou la capacité de compromettre. Cependant, ce débat est pratiquement dépassé en France dès lors que la solution est apportée par une règle matérielle du droit français. Le débat demeure pourtant théoriquement.

Quant à la deuxième hypothèse, il s'agit de l'arbitrabilité objective. Selon une partie de la doctrine, l'arbitrabilité devrait concerner uniquement cet aspect matériel, c'est-à-dire, l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage. C'est en effet l'arbitrabilité relative à la matière ou aux droits litigieux, qui parfois sont, pour des considérations d'intérêt général ou même relatifs aux intérêts privés de certaines personnes que le législateur entend protéger, réservés à la connaissance du juge étatique.

Cette arbitrabilité étudiée sous l'angle des limites qu'elle apporte aux matières concernées, est la seule qui nous intéresse ici. Son étude va susciter divers types de problèmes.

² C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso 2013, p. 110.

³ Ch. Jarosson, *L'arbitrabilité, présentation méthodologique*, *RJ com.* 1996, p.1, spécial. n° 15.

⁴ J-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF 2016, p. 164.

⁵ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., p.110.

L'étude de l'inarbitrabilité objective nous invite d'abord à identifier les matières non-arbitrables. En vue de pouvoir les identifier, il faudra déterminer les critères d'inarbitrabilité qui, s'ils se vérifient dans une matière, la rendront non-arbitrable.

Or, la détermination des critères d'inarbitrabilité objective en droit français n'est pas si facile, notamment en arbitrage international où la solution est l'oeuvre jurisprudentielle des tribunaux français. Pourtant, elle nous paraît très intéressante et utile, en vue de rechercher, à partir de chaque critère, quels sont les fondements étatiques à l'inarbitrabilité.

C'est essayer de répondre à la question de savoir, dans quels cas l'Etat, qui a lui-même permis la naissance et le développement du phénomène arbitral, voudra le limiter, et pour quelles raisons. Quels intérêts étatiques pourront justifier les restrictions apportées à l'arbitrage?

La réponse est d'autant plus compliquée car outre les critères prévus par les textes et modifiés par la jurisprudence, il existe un « potentiel critère d'inarbitrabilité » dont la fonction ne fait toujours pas l'objet d'unanimité. Il s'agit de l'attribution par l'Etat d'une compétence exclusive à ses tribunaux. Se pose ainsi la question de savoir, à l'occasion de l'étude des limites étatiques à l'arbitrage, si l'attribution d'une compétence étatique exclusive constitue un critère d'inarbitrabilité ou si elle est une limite autonome apportée par l'Etat à l'arbitrage, notamment quand elle aura pour effet certain d'interdire le recours à l'arbitrage.

Certes, quelle que soit la réponse à cette question, la conséquence pratique est toujours la même, le litige ne pouvant de toute façon être réglé selon la procédure arbitrale.

Pourtant, l'intérêt de la question demeure entier. Si dans un premier temps, le but de cette étude est de dresser un bilan clair des critères d'inarbitrabilité du droit français, la question de savoir si la compétence exclusive y fait partie semble être primordiale. Ainsi, à l'issue de cette étude, nous pourrions dire si les limites étatiques à l'arbitrage se résument dans la notion d'arbitrabilité ou si il s'ajoute à celle-ci la notion de compétence exclusive. La réponse à cette question nous enrichira sur les fondements et les justifications avancées par l'Etat pour empêcher le recours des parties à l'arbitrage.

L'intérêt de la question atteint son apogée dans un deuxième temps, à la lumière de l'étude pratique de la « libéralisation » des matières non-arbitrables. L'étude des critères d'inarbitrabilité n'a pas son plein sens que si elle sera appliquée aux matières concernées.

Le droit français de l'arbitrage, notamment international, est aujourd'hui soutenu par une vague de « libéralisme arbitral », qui tend à ouvrir de plus en plus large les vannes de l'arbitrage et à faciliter son déroulement. La conséquence de cette vague de faveur à l'arbitrage voit ses effets directs sur la

notion d'arbitrabilité dans le passage de plusieurs matières du domaine inarbitrable au domaine arbitrable.

Ainsi, nous avons choisi d'étudier ce phénomène à partir de deux exemples pratiques très révélateurs, mais qui n'ont pas connu la même évolution, le droit des sociétés et le droit des procédures collectives. Ces deux matières sont originellement connues pour être, toutes les deux, inarbitrables, en raison de leur rattachement à l'ordre public. Voilà le fondement majeur de l'inarbitrabilité des litiges, mais aussi de l'attribution d'une compétence exclusive par l'Etat à ses propres juridictions.

Pourtant, par l'évolution du droit français vers plus de libéralisme arbitral, le droit des sociétés est passé au stade des matières arbitrables malgré l'intérêt de l'ordre public dans la matière. Par contre, le droit des procédures collectives demeure non arbitrable.

Cette différence d'évolution a suscité notre curiosité d'en chercher les raisons. Pourquoi les deux matières n'ont pas connu la même évolution et qu'est-ce qui fait qu'une limite étatique à l'arbitrage est susceptible d'évoluer plus qu'une autre, voire même de disparaître? Est-ce que toutes les limites étatiques à l'arbitrage ont vocation, par l'effet d'un mouvement libéral, à disparaître pour céder la place à une arbitrabilité systématique et globale, ou est-ce qu'il existe des limites nécessaires qui ne doivent jamais disparaître?

Plus particulièrement, concernant les critères d'inarbitrabilité, est-ce que l'évolution d'une matière déterminée vers plus de libéralisme dépend de son critère d'inarbitrabilité? et est-ce que l'existence d'une compétence exclusive rattachée à ladite matière rend son évolution plus difficile?

Cette dernière question révèle tout l'intérêt de l'étude de l'attribution d'une compétence exclusive parmi les limites étatiques à l'arbitrage.

Les questions qui se posent sont très nombreuses, nous ne promettons pas de pouvoir leur trouver toutes les réponses. Nous promettons simplement d'y réfléchir, et de chercher les éléments de réponse nécessaires.

Notre étude sur les limites étatiques à l'arbitrage se fonde certainement sur le droit français; nous envisagerons ainsi les limitations qu'apporte le droit français à l'arbitrage ainsi que les justifications qui sous-tendent ces limitations. Cela n'empêche pas qu'on envisagera à plusieurs reprises les points de vue des droits étrangers; la relativité du droit comparé en la matière est révélatrice de ses possibilités d'évolution, et pourra aider le juge français à tendre vers plus de flexibilité et de relativisme.

Notre point de départ est l'arbitrage interne, car c'est là où le législateur français a légiféré sur l'arbitrabilité, mais nous menons notre étude jusqu'au stade de l'arbitrage international où elle présente son ultime intérêt pour le commerce international.

Nous envisageons les limites prévues par l'Etat préalablement à toute sentence, c'est-à-dire l'inarbitrabilité envisagée par les textes ou la jurisprudence, ainsi que la compétence exclusive qu'il peut attribuer à ses propres juridictions dans une certaine matière en vue d'empêcher les parties de recourir à l'arbitrage. L'arbitrabilité dont nous traitons est exclusivement objective.

Ceci dit, nous étudierons dans un premier temps les critères ainsi que les fondements d'inarbitrabilité (Titre I), pour exploiter dans un second temps leur incidence sur le développement de la faveur à l'arbitrage international en droit français (Titre II).

Titre I - Les limites du droit français à l'arbitrage international: contours et fondements

Les restrictions au recours à l'arbitrage posent principalement la question de l'arbitrabilité d'un litige. Celle-ci représente la possibilité pour les parties de recourir à l'arbitrage pour un litige bien déterminé; quand le litige s'aperçoit comme « inarbitrable », cela signifie qu'il n'est pas susceptible d'être réglé par la voie arbitrale, et que l'arbitrage n'est donc pas possible pour les parties. L'arbitrage, en tant qu'un mode alternatif de résolution des litiges, trouve dès lors sa première et principale limite.

Si la question d'arbitrabilité est primordiale, elle n'est pas unique. Elle entraîne en effet, pour la nécessité de sa détermination, une série de questions dont les réponses sont loin d'être évidentes.

Il s'agit, sur le fond de la question, de déterminer les critères de l'inarbitrabilité en droit français et de cerner leur portée qui dépend de la nature interne ou internationale de l'arbitrage, ainsi que de réfléchir sur leurs fondements afin de pouvoir apprécier la nécessité de leur maintien. C'est ce que nous ferons dans un deuxième chapitre (Chapitre II), après s'être interrogé dans le premier (Chapitre I) sur des questions plutôt de procédure et de loi applicable, incitées également par la question de arbitrabilité d'un litige, et dont la détermination préalable à celle du fond nous paraît nécessaire.

Chapitre I- Questions préliminaires

Il s'agit d'examiner des questions soulevées par la contestation de la clause compromissoire pour inarbitrabilité du litige mais ne portant pas sur le fond de la question de l'arbitrabilité. Plus précisément, il s'agit de savoir, d'une part, qui sera compétent pour se prononcer sur la validité de la clause compromissoire, et d'autre part, quelle est la loi dont les conditions vont s'appliquer pour déterminer l'arbitrabilité du litige.

Ces deux questions s'apparentent, dans la forme, à des questions de conflits de juridiction et de conflits de loi. Néanmoins, les réponses qui y seront apportées sont loin d'émaner d'une méthode conflictuelle de droit international privé. En effet, il s'agit de déterminer d'abord la compétence par rapport à la date de la création du tribunal arbitral, entre l'arbitre et le juge de l'annulation et non pas entre deux juges étatiques. A cette question, le droit français apporte la réponse par le biais d'une règle matérielle connue sous la forme du « principe de compétence - compétence » (Section 1) qui donnera la compétence à l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence et examiner par la suite la validité de la clause compromissoire contestée. Ensuite, il faudra déterminer la loi que l'arbitre appliquera à la question de l'arbitrabilité afin de savoir à quel ordre juridique faudra-t-il se référer pour appliquer les critères d'arbitrabilité sur la clause en question. La réponse à cette question n'est pas évidente et présuppose plusieurs alternatives (Section 2).

L'examen de ces problématiques nous paraît indispensable avant d'enchaîner nos développements sur le fond de la question de l'arbitrabilité, car c'est la réponse à ces questions qui justifiera la structure des développements ultérieurs, d'où l'intérêt de les étudier à titre préliminaire.

Section 1- Le principe de compétence- compétence, règle matérielle du droit français

La contestation de la clause compromissoire, pour quelle que raison que ce soit, a vocation à être soulevée devant l'arbitre saisi par l'une des parties, et devant un juge étatique saisi par l'autre. La

question est donc de savoir « s'il appartient aussi bien à l'arbitre qu'au juge étatique de se prononcer sur l'existence ou la validité de la clause d'arbitrage »⁶.

Un principe du droit processuel, particulièrement admis en droit international, veut que toute entité investie d'un pouvoir juridictionnel ait avant tout le pouvoir de se prononcer elle-même sur sa propre compétence, sous réserve de recours possibles contre sa décision. Ce principe, étendu par analogie aux arbitres, a eu la conséquence notamment en droit français de l'arbitrage international, de reconnaître aux arbitres le plus large pouvoir de se prononcer sur leur propre compétence, reconnu sous le vocable emprunté au droit allemand de « compétence - compétence ».

L'objection apportée au principe concernait non pas les cas de contestation de la portée de la clause compromissoire, mais plutôt les cas où le défendeur à la procédure conteste le principe même de la clause, dans son existence ou dans sa validité. Dans de tels cas, c'est le pouvoir même de l'arbitre qui est remis en cause, et si la contestation est fondée, il n'aurait pas qualité pour exercer le rôle de juge entre les parties. Pourtant, même pour une contestation touchant à l'existence ou la validité de la clause compromissoire, le principe de compétence - compétence est reconnu à l'arbitre et lui attribue le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence.

Ce principe a été introduit au droit français d'abord par le biais de la Convention de Genève de 1961, dont l'article 5.3 énonce explicitement « Sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie ».

Le même principe a été exprimée en droit interne par l'ancien article 1466 CPC⁷ apportée par la réforme législative de 1980; conjugué avec l'article 1495 du même code, il avait vocation à s'appliquer en arbitrage international.

Même en présence de supports législatifs, la jurisprudence française à l'occasion de l'arrêt *Zanzi* a élaboré une règle matérielle du droit français de l'arbitrage portant un principe « selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ». La solution en droit interne a été de nouveau reformulée par le décret de 2011 dans l'article 1465 CPC, également applicable en droit international. Pourtant, la jurisprudence française continue à annoncer la solution par le biais d'une règle matérielle de droit français.

Cette solution est animée par l'efficacité de l'arbitrage, et se justifie dans un premier temps par « le souci de ne pas voir la clause systématiquement contestée » dans le but d'éviter les manoeuvres dilatoires. Dans un second temps, elle se justifie par la possibilité de contrôle exercé ultérieurement

⁶ B. Audit et L. D'avout, *Droit international privé*, 8^e éd., 2018, LGDJ, p. 1129, n° 1365.

⁷ CPC, ancien art. 1466: "Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou dans son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture."

⁸ Cass. 1^{ère} civ. 5 janv. 1999, *Zanzi*, *Rev. arb.* 1999, p. 260.

par les tribunaux étatiques sur la décision de l'arbitre statuant sur sa compétence, fourni par le droit français⁹.

La portée du principe compétence - compétence est davantage intéressante du point de vue de son « effet négatif » par rapport à la compétence des juridictions étatiques, ayant pour conséquence l'incompétence de celles-ci pour statuer sur la validité de la clause compromissoire. Sur ce point, le droit français, comme plusieurs autres droits nationaux, s'est éloigné de la solution de la convention de New York¹⁰ selon laquelle le juge étatique pouvait examiner lui même la validité de l'accord d'arbitrage sans aucune priorité pour l'arbitre.

Une seule exception est susceptible de faire obstacle à l'effet négatif du principe, faisant en sorte que le juge étatique puisse statuer sur la validité de l'accord arbitral; il s'agit du seul cas où celui-ci a été saisi avant la constitution du tribunal arbitral et que la convention d'arbitrage lui paraît « manifestement nulle ou inapplicable ». C'est ce qui résultait de l'ancien article 1458 CPC, formulé par une règle matérielle par la jurisprudence française¹¹ et exprimé depuis le décret de 2011 par l'article 1448 al. 1er¹² nouveau CPC, applicable, par renvoi de l'article 1506 du même code, en matière internationale.

En pratique, M. Audit relève que « très rares sont les cas où les juges ont été admis à se prononcer eux-mêmes sur l'exception d'arbitrage et à la repousser »¹³.

Comme précisé précédemment, le principe de compétence- compétence ainsi que les effets qu'il produit sont valables quel que soit l'objet de la contestation visant la convention d'arbitrage. Cela a été affirmée à plusieurs reprises par la jurisprudence française en ce qui concerne la contestation de la validité de la clause compromissoire pour inarbitrabilité du litige, objet de notre étude. C'est ainsi que la cour de cassation s'est prononcée expressément sur la question en annonçant que « en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre sous la conduite du juge de l'annulation, pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige. »¹⁴

⁹ CPC, art. 1520 (1): «Le recours en annulation n'est ouvert que si : 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent (...).»

¹⁰ Convention de New York, art. II.3 «Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.»

¹¹ Cass. 1ère civ., 26 juin 2001, *American Bureau of Shipping*, *Rev. arb.* 01.529.

¹² CPC, art. 1448 al 1er nouveau: «Lorsque le litige relevant d'une convention d'arbitrage est portée devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.»

¹³ B. Audit et L. D'avout, *op. cit.*, p. 1138 n° 1374.

¹⁴ Cass. 1ère civ., 30 mars 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 115.

Il résulte de la mise en oeuvre de ce principe en matière d'arbitrabilité qu'en principe, les contestations de la clause liées à l'arbitrabilité du litige doivent être renvoyées aux arbitres par le juge étatique saisi au fond sans qu'elles soient tranchées par lui¹⁵.

Ceci dit, le point de départ pour nos développements ultérieurs serait la compétence de l'arbitre pour statuer sur la validité de la convention d'arbitrage contestée pour inarbitrabilité du litige. Nous serons donc dans l'hypothèse selon laquelle l'arbitre est saisi de ladite question et il lui revient de la trancher. A cette étape se pose la question de la loi applicable par l'arbitre à l'appréciation du caractère arbitral du litige dont il est saisi, afin de pouvoir statuer sur la validité de la clause lui attribuant les pouvoirs de statuer sur le fond du litige.

Section 2 - la loi applicable à la question de l'arbitrabilité du litige

L'internationalité du litige commande sa vocation à être soumis à plusieurs lois. Quant à la question de l'appréciation de l'arbitrabilité du litige notamment, plusieurs Etats pourront être concernés pour imposer leur conditions d'arbitrabilité à l'examen de la validité de la clause compromissoire en question; ces conditions ne sont pas les mêmes selon les ordres juridiques. La question se complique davantage par le fait que l'arbitre, n'étant pas lié par un ordre juridique déterminé, bénéficie de toute la liberté de déterminer la loi applicable, à la différence du juge étatique. Nous distinguons ainsi deux hypothèses de détermination de la loi applicable à l'arbitrabilité: l'hypothèse où la question se pose devant un juge étatique (§1), ici le *lex forisme* prévaut; et l'hypothèse où la question se pose devant l'arbitre (§2) dont la liberté de procéder va rendre la réponse imprévisible.

§ 1- La loi applicable à l'arbitrabilité devant le juge étatique

Le juge étatique est conduit à examiner la question de l'arbitrabilité d'un litige dans trois cas de figure:

- soit en sa qualité de juge d'appel lorsqu'est intenté devant lui un recours en annulation contre une sentence arbitrale; un tel recours aux juridictions françaises n'est possible que lorsque le siège de l'arbitrage est en France;
- soit en sa qualité de juge d'exécution, lorsqu'il est saisi d'une demande d'exequatur d'une sentence arbitrale en France,

¹⁵Cass.1ère civ., 8 quill. 2010, *Rev. arb.* 10.513; Paris, 20 Mars 2008, *Rev. arb.* 08.341.

- soit qu'il est saisi au fond, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage; dans ce cas de figure, ou bien qu'il statuera sur « la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », ou bien il tranchera le litige sur le fond en violation de la clause compromissoire.

Dans tous les cas précités, la solution privilégiée par le juge étatique pour examiner l'arbitrabilité du litige est l'application de la loi de l'Etat de son ordre juridique, plus simplement, la *lex fori*. Cette solution prédomine en pratique toutes les autres (mécanisme conflictuel ou règles matérielles); sa prédominance s'explique principalement par le « caractère sensible et fortement teinté d'ordre public de la question de l'arbitrabilité »¹⁶ comme nous le montrerons ultérieurement. Même vu de cet angle, ce *lex forisme* « généralisé » paraît freiner la recherche de l'harmonie internationale dès lors que chaque juge tranchera la question d'arbitrabilité de son propre point de vue.

En vue de le tempérer, chaque juge est invité à prendre en compte le point de vue d'autres Etats avant de restreindre l'arbitrabilité d'un litige, notamment parce qu'il existe d'autres solutions sur le plan du droit comparé ou parce que d'autres Etats sont plus concernés par le litige que ne l'est son propre Etat, comme quand par exemple le choix du siège de l'arbitrage est complètement fortuit.

La solution n'est pas la même quand la question se pose devant l'arbitre.

§ 2- La loi applicable à l'arbitrabilité devant l'arbitre

L'arbitre sera appelé à statuer sur l'arbitrabilité d'un litige lorsqu'en vertu du principe de compétence-compétence expliqué ci-dessus, la validité de la clause compromissoire est contestée devant lui.

Dans l'étude de la démarche à suivre par l'arbitre pour la détermination de la loi applicable à l'arbitrabilité, deux facteurs majeurs sont à prendre en considération: d'abord, le fait que l'arbitre n'a aucun for et que de ce fait, aucun droit national ne s'impose à lui; cela aura pour conséquence une liberté de l'arbitre sur les deux plans de la méthode adoptée et de la solution enfin choisie. Ensuite, que la latitude de l'arbitre dans la détermination de la loi applicable lui permettra de prendre en considération les circonstances pratiques liées à l'espèce, contrairement à ce que pourrait faire un juge étatique.

C'est ainsi que l'arbitre pourra choisir d'appliquer à l'arbitrabilité du litige qui lui est soumis la loi applicable au fond, la loi de l'Etat de son siège, ou bien la ou les loi(s) de(s) Etat (s) d'exequatur. Nous envisagerons l'applicabilité de chacune de ces lois.

- Quant à l'application de la loi applicable au fond, ce serait éventuellement la loi du contrat, le plus souvent choisie par les parties. Cette solution est généralement écartée dès lors que la liberté

¹⁶ C. Seraglini, Synthèse - Arbitrage international -convention arbitrale, JCI droit international 2018.

attribuée aux parties dans le choix de la loi ne devrait pas, en principe, leur permettre de maîtriser les limites à apporter à ladite liberté. Ce sera en quelque sorte fausser le jeu de l'autorité de la loi. Pourtant, il est arrivé à la cour de cassation dans un arrêt de la chambre sociale du 12 février 1985¹⁷, de juger que la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail conclu entre une société italienne et un français résidant en France et qui y sera exécuté, était soumis aux dispositions des lois françaises et donc non arbitral. La solution vue sous l'angle de l'application par les juridictions françaises de la loi française à la question d'arbitrabilité est compréhensible, telle qu'on vient de démontrer. Sauf que la motivation de l'arrêt a été critiquée « en ce qu'il paraît faire dépendre l'arbitrabilité du litige de la loi applicable »¹⁸.

- Quant à l'application de la loi du lieu d'exécution de la sentence, une telle application a l'avantage de mettre l'arbitre en conformité avec l'obligation générale pesant sur lui de « veiller à l'efficacité de sa sentence »¹⁹, ainsi que l'avantage pour les parties de leur garantir l'efficacité de leur procès en leur assurant l'exécution de la sentence. Envisagé du point de vue du droit français, « le fait que l'enjeu de cette question soit l'accueil dans l'ordre juridique français de sentences ayant statué sur de telles matières impose de ne prendre en considération que la conception française des exigences de l'ordre public international, même si cette conception peut trouver utilement à se nourrir de l'observation des pratiques retenues dans d'autres Etats », nous dit M. Emmanuel Gaillard. Toutefois, cette solution n'est pas sans difficultés. Elle pourrait être compliquée, notamment sur le point de déterminer le lieu d'exécution de la sentence qui peut être difficile au cours de l'instance, et qui n'est souvent pas unique. Dépendant de la localisation des actifs de la partie condamnée par la sentence arbitrale, les lieux d'exécution pourront être multiples; ainsi, la conciliation de plusieurs points de vue d'ordre juridiques concernés sur la question de l'arbitrabilité serait une solution extrêmement compliquée pour l'arbitre.
- L'application de la loi du siège du tribunal arbitral est également envisageable. Elle a, à son tour, l'avantage de l'efficacité parce qu'elle permet d'éviter l'annulation de la sentence par un recours en annulation devant les juridictions de l'Etat de siège (qui appliqueront nécessairement leur loi nationale). Toutefois, elle encourt des critiques, notamment lorsque le choix de l'Etat du siège est complètement fortuit, et qu'il n'est pas concerné par le litige, ou encore quand il s'agit d'un choix manié par la liberté des parties, ayant fixé le siège du tribunal arbitral « dans un pays autorisant

¹⁷ Cass. soc. 12 fév. 1985, *Rev. arb.* 1986, 47, note Moreau-Bourlès M.-H.

¹⁸ E. Gaillard, Arbitrage commercial international – Sentence arbitrale – Contrôle étatique, JCI. Droit international 1992, Fasc. 586-10.

¹⁹ Sent. CCI n° 6697 (1990), *Rev. arb.* 1992, p. 135, note P. Ancel.

l'arbitrage dans un domaine où des Etats plus proches de la situation litigieuse ne l'autorisent pas »²⁰.

Le choix de la loi applicable par l'arbitre serait ainsi toujours imprégné d'un souci d'efficacité de la sentence, mais également de considérations pratiques de proximité et de « justice arbitrale ». L'arbitre demeure relativement libre dans le choix de la démarche qu'il va adopter; l'important pour lui est de rendre, enfin de compte, une sentence acceptable par une majorité d'Etats prise sur la base de considérations raisonnables. M. Christophe Seraglini²¹ décrit la démarche que pourrait poursuivre l'arbitre dans cet esprit comme telle:

« Il pourrait tenir compte des restrictions à l'arbitrabilité des litiges posées par la loi d'un Etat et qui prétendent s'appliquer en l'espèce, et apprécier la légitimité de leur application à l'espèce dont il est saisi (...) la restriction pourra notamment lui paraître légitime lorsqu'elle est une solution particulièrement répandue dans les droits étatiques. »²²

Nous considérons pour les besoins de l'étude ultérieure que le droit applicable à l'arbitrabilité du litige est le droit français. La détermination des restrictions qu'il impose par le biais de l'inarbitrabilité demeure une mission lourde.

Chapitre II- Les critères de l'inarbitrabilité objective: une détermination problématique

L'obstacle arbitral majeur, nous l'avons dit, est certainement l'inarbitrabilité d'un litige; nous traiterons en particulier l'inarbitrabilité objective relative à la matière.

Il revient au tribunal arbitral, comme on vient de l'expliquer, en vertu du principe de compétence-compétence et sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation, de se prononcer sur l'arbitrabilité du litige mettant en cause la validité de la convention d'arbitrage. Cette tâche attribuée à l'arbitre commande la nécessité qu'il soit en mesure de déterminer aisément les matières inarbitrables telles que retenues par le droit positif sous l'angle duquel il se prononcera sur l'arbitrabilité du litige.

Or, la matière étant en évolution constante, il est difficile de cerner précisément les contours de l'arbitrabilité objective. La détermination des critères de l'inarbitrabilité nous paraît particulièrement problématique en droit français, dans la mesure où elle consiste en un travail de regroupement d'oeuvres prétoriennes, retouchant des textes législatifs supposés résoudre la question, laissant pourtant subsister de nombreuses incertitudes.

²⁰ C. Seraglini., Arbitrage international -convention arbitrale, art. préc.

²¹ Idem.

²² Pour un exemple sur la démarche: Sent. CCI n° 12193 (2004), *JDI* 2007, p. 1276, obs. E. S. R

Les difficultés entourant la question d'inarbitrabilité sont très nombreuses, elles se regroupent principalement ainsi:

- Une première série de difficultés est relative à la détermination des critères d'inarbitrabilité tels qu'ils résultent des articles 2059 à 2061 du code civil. Ces difficultés s'expliquent par plusieurs phénomènes entourant ces articles: d'abord, par leur ambiguïté ayant poussé la jurisprudence à les réviser à plusieurs reprises; cette révision continue à perturber le bilan de ces critères dans la mesure où on ne sait plus quand est-ce que chacun d'eux a vocation à s'appliquer. Ensuite, par leur inadaptation à l'arbitrage international tel qu'il est souhaité par le législateur français, à savoir, plus libéral. Cette autre raison a également poussé la jurisprudence française à modifier la portée des critères, devenus à intensité variable selon que l'on soit en présence d'un arbitrage interne ou international. Enfin, une grande difficulté est relative à la détermination du contenu de ces critères, classés souvent, comme on le verra, selon des catégories vastes dont le contenu est indéterminé, voire parfois même, indéterminable. On essaiera de traiter toutes ces difficultés dans un premier temps, sous l'angle de l'étude de l'arbitrabilité objective du droit français (Section 1) tout en s'intéressant au fondement de chaque critère d'inarbitrabilité.
- Une deuxième série de difficultés est relative à la question de savoir s'il existe en droit français, en dehors des articles 2059 à 2061 du code civil, d'autres critères d'inarbitrabilité. Le débat doctrinal est centré sur la possibilité de qualifier la compétence exclusive des tribunaux étatiques comme un critère d'inarbitrabilité. Cette question mérite à notre regard d'être traitée séparément, dans un deuxième temps (Section 2), dans le but de pouvoir dresser, dans la mesure du possible, un bilan clair de critères d'inarbitrabilité en droit français. Surgit suite à ce débat un autre, relatif à l'utilité de chacun des critères d'inarbitrabilité. Cette dernière question est intimement liée à la nécessité de maintenir ces critères tels qu'ils sont, ou à la possibilité de les réexaminer en les restructurant autrement.

Section 1- L'arbitrabilité objective du droit français

L'arbitrabilité objective, on l'a déjà précisé, désigne l'aptitude d'une cause à être soumise à l'arbitrage. Elle peut être considérée comme une des conditions de la licéité de la clause compromissoire, mais souvent elle fait l'objet de législations propres dans les droits étatiques et ses contours varient selon les différents droits nationaux.

La question est centrale en droit français et fait l'objet de textes législatifs propres²³. Toutefois, les auteurs français l'abordent dans différents contextes.

²³ C. Civ., art. 2059 à 2061.

M. Christophe Seraglini par exemple, dans son ouvrage de Droit de l'arbitrage interne et international, aborde la notion d'arbitrabilité sous l'angle de la « licéité du recours à l'arbitrage »²⁴. De ce point de vue, l'arbitrabilité des litiges constitue « une condition visant toute convention d'arbitrage », visant à la fois la clause compromissoire et le compromis ; pour que celle-ci soit licite, il faut qu'elle porte sur un litige arbitral. Il distingue ainsi l'arbitrabilité des conditions de licéité spécifiquement relatives à la clause compromissoire, parce qu'il considère que dans ce dernier cas, il ne s'agit plus d'une question d'arbitrabilité puisque le litige peut très bien être arbitral, « simplement le litige ne sera arbitral que s'il se fait par le biais d'un compromis, donc après la naissance du litige ».

M. Jean-Baptiste Racine, quant à lui, envisage la question de l'arbitrabilité dans son ouvrage sur le droit de l'arbitrage²⁵ comme une des conditions de validité de fond de la clause compromissoire, propre au droit de l'arbitrage.

M. Bernard Audit quant à lui, envisage ce problème comme celui d'une « restriction interne » à l'arbitrage, dès lors que l'arbitrabilité pour lui est le « pendant en matière d'accord d'arbitrage de la licéité de l'objet selon le droit général des contrats »²⁶.

Cette disparité des points de vue sur la notion d'arbitrabilité annonce, d'ores et déjà, la complexité de la question.

La complication vient en outre du fait qu'il n'existe pas en droit français une liste exhaustive de matières ou de questions inarbitrables. La détermination des matières arbitrables se fait plutôt négativement, par la détermination d'abord des restrictions à l'arbitrabilité, donc de ce qui est inarbitral. Pour le faire, il faudra en premier lieu établir des critères qui, quand ils sont vérifiés, rendront une question de droit ou une matière inarbitral.

Ces critères diffèrent d'un système juridique à un autre; leur existence dépend de leur raison d'être qui exprime des intérêts, privés ou publics, qu'un Etat cherche à préserver en empêchant le recours des parties à l'arbitrage pour une question déterminée. Même dans le cadre d'un même ordre juridique, ces critères sont différents selon que l'on soit en arbitrage interne ou en arbitrage international, car les intérêts de l'Etat ne sont pas les mêmes dans l'un et l'autre des cas, et c'est notamment le cas du droit français.

Les critères d'inarbitrabilité en droit français interne de l'arbitrage sont précisés par les articles 2059 à 2061 du code civil, sauf que la jurisprudence a vivement œuvré dans la limitation de la portée de

²⁴ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso 2013, p. 144, n° 129.

²⁵ J-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF 2016, p. 163 et s.

²⁶ B. Audit et L. D'avout, *op. cit.*, p. 1108 et s.

ces critères, que ce soit sur le plan interne, ou sur le plan de l'arbitrage international où elle fait preuve d'une grande faveur à l'arbitrage.

Suite à ces modifications jurisprudentielles substantielles des critères de l'inarbitrabilité en droit français, il est désormais difficile de les cerner précisément. Nous essaierons de le faire en traçant le raffinement de ces critères partant de l'arbitrage interne vers l'arbitrage international (§1). Sur ce dernier plan, nous verrons comment la jurisprudence a réduit les obstacles à l'arbitrage, par le biais d'une règle matérielle de validité sous la seule réserve de l'ordre public (§2).

§ 1- Le réexamen des critères d'arbitrabilité du code civil: de l'arbitrage interne à l'arbitrage international

Tout ce qui touche à l'arbitrabilité en droit français se cantonne dans les trois dispositions du code civil des articles 2059, 2060 et 2061.

Selon la première de ces dispositions, « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». Il se dégage d'ores et déjà de cette disposition un premier critère d'inarbitrabilité, déduit à contrario, celui de l'indisponibilité des droits.

Il résulte ensuite de l'article 2060 qu'« on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Cette disposition ferme en effet plusieurs domaines à l'arbitrage, notamment le domaine de l'ordre public qui constitue une limite très importante, dès lors que les matières pouvant « intéresser l'ordre public » sont très nombreuses.

Alors que ces deux articles concernent la faculté de compromettre qui englobe le compromis et la clause compromissoire, l'article 2061 quant à lui, n'autorisait la clause compromissoire qu'en matière commerciale uniquement. Le texte vise à protéger la personne contractante, en évitant le risque pour elle de renoncer à la compétence des tribunaux étatiques préalablement à tout litige. Dès lors que cet article restreint la possibilité pour les particuliers de contracter une clause compromissoire uniquement, et ne concerne pas le compromis, certains auteurs comme Christophe Seraglini²⁷ considèrent qu'il ne s'agit pas d'inarbitrabilité au vrai sens du terme, car l'arbitrage reste toujours possible par compromis.

Abordant le sujet sous l'angle de l'arbitrabilité stricto sensu, nous écartons l'étude de cet article parmi les dispositions relatives aux critères d'inarbitrabilité.

²⁷ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., p. 111, n° 102.

Il reste quand même intéressant de noter que ce texte n'a jamais été retenu par la jurisprudence en matière d'arbitrage internationale. Dans un arrêt *Zanziz*, la cour de cassation a déclaré expressément « qu'il résulte du principe de validité de la clause d'arbitrage internationale, sans condition de commercialité ... que l'article 2061 du code civil est sans application dans l'ordre international »; il a été par la suite modifié en 2001 afin d'autoriser la clause dans les contrats conclus "à raison d'une activité professionnelle" dans l'arbitrage interne.

Une nouvelle modification de l'article 2061 a suivi, opérée par la loi 2016-1547 du 18 novembre 2016, mais n'apparaît pas non plus comme ayant d'influence en matière internationale puisque la jurisprudence française continue à appliquer sa solution antérieure²⁹. La nouvelle disposition exige seulement que la clause compromissoire ait été acceptée par la partie à laquelle elle est opposée, « son alinéa premier ne réserve plus la clause aux professionnels et la fait bénéficier du même principe général que n'importe quel autre type d'accord »³⁰. Il en résulte que, la loi telle qu'elle a été modifiée, étend la clause compromissoire à des activités, et surtout à des personnes, qui étaient antérieurement « protégées » par la nullité de la clause, comme les travailleurs et les consommateurs. L'alinéa 2 permet toutefois à une partie n'ayant pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle de s'opposer le moment venu à l'application de la clause: « lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée »³¹. La nouvelle loi confère donc au non-professionnel, comme le décrit M. Bernard Audit, « une option de compétence protectrice ». Nous verrons par ailleurs comment le législateur a entendu protéger le consommateur et le travailleur par le biais de l'inarbitrabilité stricto sensu.

Revenant à celle-ci, telle qu'elle résulte des articles 2059 et 2060 du code civil, elle se retrouve principalement par deux méthodes principales:

Soit qu'il existe des matières expressément inarbitrables; il s'agit de l'état et la capacité des personnes, le divorce et la séparation de corps, énumérées à l'article 2060. Ces matières constituent un bloc d'inarbitrabilité prédéterminé par le législateur. Dans l'une de ces hypothèses, il suffit au tribunal arbitral saisi de qualifier la question qui lui est soumise comme rattachée à l'une des matières énumérées pour qu'il se déclare incompétent sur le fondement de l'inarbitrabilité du litige.

Soit que l'inarbitrabilité est déterminée par le biais de critères que l'arbitre devrait mettre en oeuvre afin de pouvoir l'apprécier. Ces critères sont regroupés en deux:

²⁸ Civ. 1er, 5 janvier 1999, *Zanzi*, préc.

²⁹ Implicitement, dans l'arrêt Civ. 1ère, 28 janvier 2003, *RCDIP* 2003 p. 641 et plus clairement, Paris, 21 Janv. 2009, *rev. arb.* 2009 p. 430.

³⁰ B. Audit et L. D'avout, *op. cit.*, p. 1109 n° 1346.

³¹ *Ibid.*

- L'indisponibilité des droits retenue par l'article 2059 code civil,
- et l'implication de l'Ordre public dans les matières en question, telle qu'exprimée par l'article 2060 code civil.

La mise en oeuvre de ces critères est loin d'être aisée. Nous examinerons par la suite les difficultés qui entourent chacun de ces critères ainsi que leur raison d'être, allant de l'arbitrage interne à l'arbitrage international.

A. L'indisponibilité des droits litigieux: un critère limité

Le recours à l'arbitrage n'est possible que lorsque les parties peuvent disposer des droits litigieux. Surgit assez rapidement de cette disposition la question de savoir qu'est ce qu'un acte de disposition; question dont la réponse va, peut être, nous servir pour réfléchir sur plusieurs autres, notamment sur la question de savoir qu'est ce qu'un droit indisponible en vue de déterminer le contenu de la catégorie des droits indisponibles, ainsi que sur la question de savoir pourquoi est-ce qu'un droit indisponible n'est pas un droit arbitral en recherchant le fondement de ce chef d'inarbitrabilité.

L'acte de disposition est défini par une opération grave qui entame ou engage un patrimoine, pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance. ³²

Quant à la détermination du contenu des « droits disponibles », il y a une grande difficulté dès lors qu'il n'existe pas de blocs de droits disponibles ou indisponibles. Il faut raisonner droit par droit. On serait parfois même obligé de faire le tri des droits disponibles et indisponibles impliqués dans un même litige, afin de pouvoir « apprécier et découper la compétence de l'arbitre »³³. Généralement on assimile les droits extrapatrimoniaux à des droits indisponibles, et les droits patrimoniaux à des droits disponibles; cependant, « cette présentation est très approximative »³⁴. La notion d'indisponibilité est elle-même toute relative; au sein de cette catégorie, on peut distinguer deux ordres de considérations qui sont probablement visés par le législateur mais dont l'indisponibilité n'est pas la même.

Le premier ordre concerne les droits extrapatrimoniaux. On estime que ceux-ci sont « frappés d'une indisponibilité, et donc d'une inarbitrabilité définitive, dans la mesure où ils sont exclus du commerce juridique »³⁵. Il s'agit de droits portant sur des choses hors commerce, comme notamment les droits de la personnalité et les éléments du corps humain. Prenant l'exemple du droit moral de l'auteur, nous déduisons que son titulaire n'en possède pas la libre disposition, et de ce fait en cas d'un litige portant

³² G. Cornu, Association Henri CAPITANT, vocabulaire juridique, *Acte de disposition*, PUF, coll. « Quadrige », 9^e éd. 2011.

³³ E. Loquin, « Arbitrage-conventions d'arbitrage-conditions de fond-Litige arbitral », *J. Cl. Proc.civ.*, fasc. 1024 n° 24 et s.

³⁴ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., p.114 n° 105.

³⁵ *Ibid.*

sur ce droit, il ne peut pas recourir à l'arbitrage. L'indisponibilité de ces droits résulte de « l'indisponibilité de l'état des personnes et des droits de la personnalité », ce qui la rend « radicale ». Toutefois, l'indisponibilité définitive de certains droits, entraînant leur inarbitrabilité définitive, est interrogeable alors même que ces droits se rattachent à la personnalité. Son évidence décroît compte tenu de plusieurs facteurs:

D'abord, du fait de l'évolution de la notion d'indisponibilité selon les matières. Dans la continuation de notre exemple sur le droit moral de l'auteur, celui-ci subit « une évolution des idées quant à son indisponibilité »³⁶; une autre matière censée être hors commerce est l'image des personnes qui, à son tour, s'ouvre désormais à la validité des conventions portant sa « patrimonialisation ». De plus, le facteur de limitation de l'indisponibilité dans sa portée matérielle ne peut pas être négligé. Il serait intéressant de noter à cet effet que toutes les actions d'indemnisation nées de l'atteinte à un droit de la personnalité sont arbitrables; ainsi, le droit à des dommages et intérêts de la victime d'une atteinte au droit de la personnalité est un droit patrimonial, susceptible de renonciation et par la suite arbitral. Par contre, l'action relative à l'existence ou à l'étendue de ce droit reste inarbitrable. C'est la constatation soulevée par M. Loquin³⁷ et selon laquelle « le principe d'indisponibilité des droits extrapatrimoniaux n'interdit pas de soumettre à l'arbitrage un litige né de l'atteinte à l'un de ces droits ». Donc la caractérisation de l'indisponibilité ne se fait pas simplement droit par droit, mais plus minutieusement, pour un même droit, elle s'établit en fonction de la question litigieuse.

Le deuxième ordre de considération visé par la condition de disponibilité des droits concerne les droits garantis par un ordre public de protection³⁸. Il s'agit, plus précisément, de l'ordre public qui interdit à une partie de renoncer à l'acquisition ou l'exercice des droits en question, au moins par avance. Sous cet angle de vue, c'est l'ordre public « juridictionnel » qui intervient, visant à protéger l'acquisition et l'exercice de tels droits, en interdisant à leurs titulaires de renoncer, au moins par avance, à les faire valoir devant un juge étatique. Il s'agit, comme l'exprime M. Loquin, « de droits qui sont garantis par une réglementation impérative, parce qu'on craint que leurs titulaires ne soient pas suffisamment armés pour les défendre eux-mêmes ». Il est important de noter ici que cette réglementation impérative visant à garantir ces droits ne vise pas nécessairement leur contenu, elle vise plutôt leur exercice. C'est la nuance faite par la distinction entre « l'ordre public juridictionnel » et « l'ordre public de fond » qu'on doit à C. Seraglini, selon laquelle l'ordre public juridictionnel visé par l'article 2059 apparaît plutôt comme un moyen processuel de mise en oeuvre de la protection voulue par le législateur. Pratiquement, ce moyen va, « pour garantir l'exercice de ses droits par une personne, lui interdire d'y renoncer tant qu'ils ne sont pas acquis, voire tant que l'état de faiblesse n'a

³¹ *Ibidem*.

³⁷ E. Loquin, *op. cit.*, n° 88 et s.

³⁸ E. Loquin, *op. cit.*, n° 24.

pas cessé (...) ». Il est important d'introduire cette distinction à ce stade par but de prévenir toute confusion possible entre la référence à l'ordre public invoqué dans le cadre de l'article 2059 sous l'angle de l'indisponibilité des droits, et celle de l'article 2060 visant plutôt un ordre public de fond, que nous analyserons ultérieurement.

Il existe certes des cas de coïncidence entre ces deux phénomènes d'ordre public, juridictionnel et de fond; sauf que leur non-assimilation nous fait réaliser qu'un droit protégé dans sa substance par des règles d'ordre public n'échappe pas nécessairement à l'arbitrage. Ainsi, un droit pourrait très bien être protégé au fond par une règle d'ordre public sans qu'il ne soit pour autant indisponible, donc inarbitrable, et réciproquement un droit pourrait être indisponible sans qu'aucune règle d'ordre public ne le regit au fond.

La nature de ce moyen de protection rend l'indisponibilité des droits relative dans le temps; comme on vient de mentionner, l'interdiction de renoncer à l'exercice de ses droits devant un juge étatique ne s'applique que tant que ces droits ne sont pas acquis. Ainsi, suite à l'acquisition par la personne protégée de son droit protégé, ou à la cessation de l'état de faiblesse (quand la personne protégée est caractérisée comme « partie faible"), celle-ci reprend le droit de disposer de son droit; il devient donc disponible. L'inarbitrabilité résultant donc du critère de l'indisponibilité des droits n'est que temporaire et c'est ce qui rend ce critère « limité ».

Il se trouve limité, *ratione materiae*, aux matières hors commerce, et *ratione temporis*, aux droits protégés par un ordre public antérieurement à leur acquisition.

Ceci dit, se posent légitimement diverses questions autour du fondement de cette inarbitrabilité. Pourquoi est-ce que le législateur français a voulu empêcher une personne de recourir à l'arbitrage quand ses droits indisponibles sont en cause? Pourquoi est-ce que cette inarbitrabilité est assimilée à une protection? Qu'est ce qui fait de l'arbitrage un danger sur les droits de la personne contre lequel l'Etat doit la protéger?

En effet, il se déduit de l'exigence de l'article 2059 du code civil, conjugué avec la définition juridique de l'acte de disposition ainsi qu'avec le contenu probablement visé par ledit article, qu'en conditionnant le recours à l'arbitrage par la disponibilité des droits, le législateur français semble assimiler la décision de recourir à l'arbitrage à un acte grave, et notamment à une forme de renonciation aux droits litigieux concernés. La plupart de la doctrine est d'accord sur cette interprétation.

Selon M. Loquin : « sont ici en cause des droits subjectifs dont le législateur interdit la libre disposition dans l'intérêt privé de leur titulaire ».39 Le fondement de ce critère serait donc la protection de la personne, et notamment de la partie considérée faible, comme par exemple le consommateur ou le travailleur.

La raison profonde pour laquelle on vise à protéger ces parties contre le recours à l'arbitrage se trouve dans les divergences qu'il représente, en tant que mode alternatif de résolution de litige, par rapport à la justice étatique. On estime en effet que l'arbitrage n'offre pas aux parties à un litige les mêmes garanties qu'offre la justice étatique, et pourrait de ce fait constituer un obstacle à l'exercice effectif par la personne concernée de son droit d'action. Cette idée émane d'une méfiance ancienne des législateurs à l'égard de l'arbitrage, particulièrement en ce qui concerne les droits indisponibles dont la défense est primordiale. La crainte est fondamentalement de ce qu'un arbitre, non rattaché à un certain ordre juridique, et n'ayant par la suite pas d'intérêts, ni publics ni privés, à protéger, ne reconnaitra pas les droits subjectifs de la même façon que le fera un juge étatique. Cette méfiance de premier sens à l'égard de l'arbitrage, qu'elle soit légitime ou non, trouve une raison-d'être objective sous une perspective procédurale. En effet, le choix de la voie arbitrale pour la résolution d'un litige a pour conséquence directe « [la renonciation] à certaines garanties attachées à la justice étatique, [comme] la gratuité, respect des droits de la défense, contrôle de la bonne application du droit par les juridictions supérieures, existence de plusieurs degrés de juridictions »40.

Cette méfiance est aujourd'hui ancienne et dépassée. On s'est rendu compte qu'il est excessif d'assimiler le fait de soumettre son contentieux à un arbitre à une renonciation à la protection de ses droits, puisque rien n'empêche l'arbitre de mettre en oeuvre les règles protectrices de la personne dès lors qu'elles existent.

Toutefois, malgré le fait que la justice arbitrale pourrait offrir des garanties sur le plan procédural, elle ne répond que partiellement au but de protection des parties faibles, tel qu'il est envisagé par le législateur français. Donc même si le critère d'inarbitrabilité fondé sur l'indisponibilité des droits est aujourd'hui fortement contesté, il pourrait trouver une autre justification dans l'inadaptation de l'arbitrage, sur le plan procédural, « à l'égard de certaines parties comme les consommateurs, les salariés, ou les autres parties dites en situation de faiblesse »41. Concernant ces parties, quand le législateur intervient particulièrement pour les protéger, il se soucie principalement de deux considérations : d'assurer la bonne application substantielles des règles protectrices qu'il a légiférées à leur profit, et de leur garantir, sur le plan procédural, l'exercice effectif de leurs droits en leur

39 *Ibid.*

40 C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., p.113 n° 104.

41 *Ibid.*

ouvrant l'accès à un juge proche, facilement accessible, et peu coûteux. Nous ne sommes pas sûrs que ces objectifs soient satisfaits par le recours à l'arbitrage, d'où l'utilité de l'inarbitrabilité de l'article 2059. Ce fondement rend lui même l'inarbitrabilité temporaire, et ne dure que tant que les droits litigieux ne sont pas acquis ou que la situation de faiblesse perdure.

Sur le plan international, l'inarbitrabilité de l'article 2059 du code civil ne semble pas être retenue par la jurisprudence française; elle est plutôt négligée par celle-ci, du moins telle qu'elle est envisagée par l'esprit dudit article. Les raisons derrière la négligence de ce critère sur le plan international sont diverses; il s'agit notamment des difficultés qui entourent la mise en oeuvre de ce critère. La notion de libre disposition de droit est, comme on l'a déjà relevé, difficile à saisir. Ceci dit, son application est très délicate, notamment en droit international ou son contenu varie d'un système à l'autre, ce qui laisse se poser la question de la loi applicable à la détermination de la disponibilité des droits. Il est vrai que ce critère est retenu par la plupart des législations d'arbitrage pour définir l'arbitrabilité⁴²; toutefois, cela ne demeure pas vrai sur le plan international, notamment dans le système juridique français dont la jurisprudence n'applique pas l'article 2059 à l'arbitrage international.

Un deuxième critère d'inarbitrabilité se trouve dans la référence que fait le législateur français dans l'article 2060 à l'ordre public.

B. L'implication de l'ordre public au fond du litige: "un critère dépassé"

La difficulté majeure du texte de l'article 2060 se manifeste dans la référence qu'il fait à « toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». L'inarbitrabilité des « questions d'état et de capacité des personnes », ainsi que de « celles relatives au divorce et à la séparation de corps » ne pose pas de problème, du moins quant à son existence, dès lors qu'elle est expressément déterminée par le texte. L'inarbitrabilité « des contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics », d'autant qu'elle pose des complications, elle restreint l'arbitrabilité du litige compte tenu de la qualité des personnes qui y sont impliquées. Elle constitue donc le critère d'arbitrabilité subjective du droit français, et ne rentre pas par conséquent, dans le champ de notre étude.

La signification de la référence que fait ledit article à « toutes les matières intéressant l'ordre public » est toujours indéterminée précisément; elle retiendra largement notre attention dans une tentative d'en identifier la portée. Nous sommes à ce stade sur le point d'examiner l'implication de l'ordre public pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage et non pas celle de la sentence.

La logique veut souvent qu'on cerne d'abord le contenu d'une notion avant d'aborder sa mise en oeuvre. Cependant, dans ce cas particulier de la notion d'ordre public comme un critère

⁴² J-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002, p. 306 n° 337.

d'inarbitrabilité, sa mise en oeuvre particulière fait appel à l'inversement de la logique. Ainsi, nous étudierons d'abord la mise en oeuvre par la jurisprudence française du critère de l'ordre public sur les deux plans de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international qui a considérablement réduit la portée de son application (I), pour essayer d'établir par la suite qu'est-ce qu'il en reste de cette notion (II).

I- La mise en oeuvre de l'ordre public dans la jurisprudence française

D'après une « première lecture simpliste »⁴³ de l'article 2060, sa mise en oeuvre mènera à exclure l'arbitrage dans toutes les matières où il existerait des règles d'ordre public applicables au fond du litige; un grand nombre de matières sera ainsi non-arbitrable.

Une telle lecture traduit « la méfiance à l'égard de l'arbitre pour assurer la défense de l'ordre public »⁴⁴. Toutefois sur le plan pratique, ses inconvénients sont si importants que la doctrine les a rapidement contestés, invitant la jurisprudence à oeuvrer pour leur réduction. Celle-ci s'est rendu compte de ce que le critère de l'implication de l'ordre public au fond du litige réduisait considérablement le champ de recours à l'arbitrage, compte tenu notamment de la croissance des législations « intéressant » l'ordre public. Il favorisait, de plus, les manœuvres dilatoires au cours des procédures et augmentait considérablement la durée du procès, dès lors qu'il suffisait à l'une des parties d'invoquer l'exception de nullité pour implication de l'ordre public, afin figer le procès devant l'arbitre. Ces risques étaient bien visibles sur le plan pratique et aboutissaient à freiner le développement de l'arbitrage, d'où l'intervention d'une jurisprudence « longue et progressive » qui a abouti, selon Ch. Seraglini, à « une véritable réécriture et à la « neutralisation » de ce membre de phrase de l'article 2060 du code civil, aussi bien pour l'arbitrage interne que pour l'arbitrage international »⁴⁵.

J-B. Racine décrit la jurisprudence en la matière de « chaotique », au moins plus qu'elle ne l'était selon l'article précédent. Elle a évolué en effet par des aller-retours entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international.

Le point de départ de cette jurisprudence était dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 Novembre 1950⁴⁶, qui a chassé d'ores et déjà, l'idée selon laquelle la convention d'arbitrage serait nulle du seul fait de la soumission du contrat auquel elle a trait à une réglementation d'ordre public. Elle l'a substituée par le critère selon lequel « le litige n'était inarbitrable, que si l'opération ou la convention litigieuse était frappée d'illicéité comme ayant effectivement contrevenu à une règle d'ordre public ».

⁴³ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international, préc.*, p.117 n° 108.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ Com., 29 nov, 1050, *Tissot, JCP* 1951, IV,5.

Cette solution selon laquelle l'inarbitrabilité du litige ne résulte plus du simple fait que le litige touche à des questions d'ordre public, mais du fait de l'invocation de la violation de celui-ci, a été reprise par la cour d'appel de Paris par un arrêt du 15 juin 1956.

Par la suite, cette même cour se prononçant dans un arrêt du 20 janvier 1989, a conclu à un élargissement des pouvoirs de l'arbitre en ce qu'il pouvait, à titre incident, constater la violation d'un contrat de l'ordre public, sans pourtant pouvoir la sanctionner. Il ne pouvait en tirer une conséquence autre que son incompétence. Cette solution porte évidemment l'avantage de réduire le risque de manœuvres dilatoires, dès lors que l'invocation d'une violation de l'ordre public ne suffisait plus, en soi, à interrompre la sentence arbitrale. Sauf qu'elle avait l'inconvénient de compliquer considérablement la tâche de l'arbitre, puisqu'il devait examiner les détails du litige au fond pour pouvoir se prononcer sur sa compétence. Son absurdité est apparente dans l'autorisation qu'elle donne à l'arbitre de faire ce qui peut être le plus « dangereux à l'ordre public », apprécier sa violation, sans lui permettre pour autant de sanctionner une telle violation. Tous ces inconvénients expliquent les fortes critiques exprimées par la doctrine contre cette solution.

La jurisprudence n'a complètement franchi le pas qu'en 1993, à l'issue d'un long cheminement marqué par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Labinal*. Cette solution prononcée en matière internationale, reconnaît le pouvoir à l'arbitre de juger d'une violation de l'ordre public au fond. Elle confirme d'abord le principe selon lequel « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux », et se prononce sur ce qui n'a jamais été dit jusque-là : « l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle sous le contrôle du juge de l'annulation ». Cette déclaration constituant la « véritable marque de confiance à l'égard des arbitres »⁴⁷ a été reconnue par la suite dans l'arbitrage interne, et s'est rapidement manifestée non pas simplement comme un « pouvoir reconnu à l'arbitre » mais plutôt comme « un devoir »⁴⁸. Cette obligation est la conséquence directe de l'existence d'un contrôle ultérieur de la sentence arbitrale par le juge étatique de l'annulation.

Le critère de l'implication de l'ordre public au fond du litige est désormais dépassé, du moins dans sa version prévue par l'article 2060. Sa mise en oeuvre par la jurisprudence française a finalement abouti à son déplacement, de la convention d'arbitrage vers la sentence arbitrale. Ce déplacement du critère de l'ordre public est très important à signaler, parce qu'il ne faut pas en abandonner l'exigence.

⁴⁷ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., p.121 n° 110.

⁴⁸ Com, 9 Avril 2002, *Toulouse c/ Philam*, *Rev. arb.* 2003, 2^e espèce: "Il appartient à l'arbitre, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière, de mettre en oeuvre des règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation".

Comme l'explique M. J-B. Racine, « la voie à l'arbitrage n'a été ouverte *ex ante* que parce qu'un contrôle *ex poste* reste possible, dès lors que l'arbitre exercera sa compétence pour appliquer et sanctionner des règles d'ordre public, sous le contrôle du juge étatique ». Il n'empêche que ce contrôle ultérieur de la sentence arbitrale est aujourd'hui dénoncé par certains auteurs du fait qu'il a été réduit au minimum « tel qu'il n'est pratiquement pas exercé »⁴⁹.

L'ordre public n'est donc plus, sauf exception, un obstacle à l'arbitrabilité⁵⁰.

Encore faut-il déterminer le contenu de l'ordre public visé, pour les hypothèses où il constitue toujours une cause d'inarbitrabilité. Cette détermination sera éclaircissante sur le fondement de ce critère d'inarbitrabilité.

II- La détermination du contenu de l'ordre public- critère d'inarbitrabilité

M. B. Audit fait référence aux « règles auxquelles par définition l'on ne peut déroger pour des raisons d'intérêt général, ou bien de droit public ». Cette référence à une notion, elle-même abstraite, comme l'intérêt général, est loin de constituer une définition de ce qu'est l'ordre public. Elle nous fournit en revanche une indication sur les matières concernées par l'article 2060, qui sont, selon M. Audit, catégorisées ainsi:

Il s'agit des dispositions d'ordre public économique au premier chef de direction, comme le droit de la concurrence, brevets et marques, fiscalité. C'est le domaine de la régulation qui appartient par nature au droit public et aux autorités administratives.

Il s'agit également des dispositions d'ordre public de protection, comme le droit de la consommation, et le droit du travail: cette catégorie se recoupe avec l'indisponibilité des droits qu'on a invoquée ci-dessus, notamment quand celle-ci vise à protéger les droits des parties faibles en particulier. Rejaillit donc l'importance de la distinction faite par M. Seraglini entre l'ordre public de procédure et l'ordre public de fond, car la confusion entre ces deux notions a obscurci le débat relatif à l'interprétation qu'il convenait de donner à l'art. 2060 code civil.

Toutefois, la distinction théorique entre les deux notions d'ordre public n'empêchera pas leur intersection en pratique. On n'est toujours pas sûr que « les matières qui intéressent l'ordre public » telles qu'elles ont été visées par l'article 2060, n'englobent pas, sous leur nom générique, les deux types d'ordre public précités. Le débat que nous aborderons plus tard sur l'utilité des deux critères reste entier.

⁴⁹ B. Audit et L. D'avout, *op. cit.*, p. 1114 n° 1344, abordant les critiques reprochées à cette jurisprudence.

⁵⁰ J-B. Racine. *op. cit.*, p. 168.

Il s'agit également et plus généralement, des lois de police.

Cette tentative de dresser les catégories d'ordre public concernées nous fait déboucher rapidement sur la question du fondement de l'ordre public comme critère d'inarbitrabilité. Selon M. Audit, « un litige faisant intervenir des règles auxquelles par définition l'on ne peut déroger pour des raisons d'intérêt général ou bien de droit public, peut difficilement être soustrait aux tribunaux de l'Etat pour être résolues par des personnes privées ».

La première réaction face à une telle énonciation serait interrogative: pourquoi est-ce qu'un litige faisant intervenir des règles d'intérêt général ou de droit public, ne serait pas arbitral? La réponse est apportée par la suite de l'idée de M. Audit, ajoutant que « non investies par l'Etat, celles-ci [les personnes privées] n'ont pas la responsabilité de veiller au respect des règles en question, tandis que leur premier devoir est de mettre en oeuvre la volonté des parties ».

L'obstacle à l'arbitrabilité des litiges intéressant l'ordre public serait donc la nature du pouvoir des arbitres, dans la mesure où celui-ci existe par la commune volonté des parties, alors que ce type de litiges nécessite souvent un pouvoir étatique de jugement.

Il est sans doute vrai que le premier devoir des arbitres serait de mettre en oeuvre la volonté des parties, mais il n'est pas certain que ce devoir les empêcherait de veiller au respect des règles en question, même si cela ne faisait pas partie de leur « responsabilité » dans sa configuration originelle. La mission de l'arbitre a en effet été redéfinie par la jurisprudence. Désormais, sa mission « consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international »⁵¹.

Est-ce qu'un pouvoir législatif étatique mis en oeuvre par des personnes privées dont le pouvoir est de source conventionnelle, ne suffirait donc pas à préserver l'intérêt général souhaité? Plus concrètement, dès lors que des règles d'ordre public existent et visent à protéger certains intérêts, est-ce que leur application par un juge étatique est impérative?

Une deuxième réaction à l'idée de M. Audit, dans la suite logique de ce qui précède, prendrait plutôt la forme d'une observation. L'emploi du terme « difficilement » n'est pas sans incidence, puisqu'il annonce déjà la réponse à la question qu'on vient de se poser, et qui serait tantôt positive tantôt négative. Elle n'est plus absolument positive car autrement, on retombera dans la méfiance qu'on avait à l'égard des arbitres et qu'on avait largement dépassé, dès lors qu'on fait de plus en plus confiance aux arbitres dans l'application des lois de police et des règles de droit public, spécialement en matière de commerce international. Par conséquent, les litiges intéressant l'ordre public ne seront

⁵¹ CA Paris, 29 Mars 1991, *Rev. arb.* 1991 p. 478.

plus quasiment inarbitrables, et la difficulté dont parle M. Audit ne concerne plus que certains litiges qui vont constituer une sorte de « noyau dur » d'ordre public rendant la matière inarbitrable.

Afin de pouvoir déterminer les constitutifs de ce noyau dur d'ordre public, nous l'examinerons sous l'angle de l'arbitrage international dont l'ordre public constitue désormais le seul et unique critère retenu par la jurisprudence internationale. La question serait ici de savoir « jusqu'à quel point le caractère international de l'arbitrage est susceptible d'infléchir ou de faire tomber les restrictions à l'arbitrabilité résultant de l'interprétation de l'expression matières intéressant l'ordre public »⁵².

§ 2- Un seul critère retenu en arbitrage international: l'ordre public international

L'arbitrabilité des litiges est une des conditions de validité de la convention d'arbitrage dans l'arbitrage international. Afin d'apprécier la validité de ladite convention, le juge français applique les règles françaises; c'est la logique de l'arrêt Dalico⁵³ duquel ressort également le contenu de la règle applicable. Dans cet arrêt, la cour de cassation fait référence expresse à une « règle matérielle du droit international de l'arbitrage » qu'elle applique au fond du litige, et qui pose *in fine* un principe d'arbitrabilité des litiges du commerce international, limité par la seule réserve « d'ordre public international ».

Sous l'angle de vue du droit comparé, l'arbitrabilité du droit français en matière internationale « échappe à toute règle de conflit et dépend seulement de l'ordre public international ». La convention d'arbitrage est, tel qu'il est exprimé par l'arrêt Dalico, détachée de toute loi nationale en vertu de l'application du principe d'autonomie par la jurisprudence française. « L'arbitrabilité dépend donc uniquement des limites tracées par la conception française de l'ordre public international. Les prescriptions du droit interne, en particulier les articles 2059 et 2060 du code civil français, ne sont pas applicables à l'arbitrage international »⁵⁴. « L'arbitrage est donc fonction de l'ordre public international »⁵⁵ car c'est à partir de là qu'on doit déterminer quelles sont les questions inarbitrables.

Ainsi, l'arbitrabilité devient la règle en arbitrage international, et l'inarbitrabilité n'existe qu'exceptionnellement, pour certains secteurs qu'il faudra déterminer.

La détermination de l'ordre public international se distinguera probablement de celle qu'on a envisagée sous l'angle de l'article 2060 compte tenu de sa non-applicabilité en arbitrage international.

⁵² B. Audit et L. D'avout, *op. cit.*, p. 1110 n° 1339.

⁵³ Cass. 1^{ère} civ. 20 déc. 1993, n°91-16828 : « en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties(...) »

⁵⁴ J-F. Poudret et S. Besson, *op. cit.*, p. 307 n° 337.

⁵⁵ Racine J-B., *op. cit.*, p. 170.

Selon M. Jarrosson⁵⁶, l'ordre public serait bien la notion-clé en matière d'arbitrabilité des litiges internationaux. Cette notion représente selon M. Racine « un vocable général » réunissant des exceptions à l'arbitrabilité et dont le contenu est indéterminé. La tâche difficile serait donc d'en tenter la détermination.

À l'épreuve de la jurisprudence française favorisant le développement de l'arbitrage, nous constatons que l'ordre public international visé par la jurisprudence *Dalico* ne sera pas assez large. Il correspond aux seules matières, peu nombreuses, qui « l'emportent sur la politique générale de la faveur à l'arbitrage international »⁵⁷.

La principale composante de l'ordre public apparaît comme l'ensemble des matières inarbitrables « par nature » (A). D'autres composantes, moins évidentes, pourraient se manifester comme des règles impératives de protection des parties faibles (B).

A. Les matières inarbitrables « par nature », composante essentielle de l'ordre public

S'agissant de ces matières, la cour d'appels⁵⁸ les a représentées dans un premier temps comme les matières « relevant par [leur] nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique » en concluant à l'incompétence de l'arbitre pour en juger. Cette référence à la compétence exclusive qu'on traitera ultérieurement n'est pas si évidente, en ce qu'elle ne correspond pas nécessairement à la notion d'inarbitrabilité.

Deux ans après, la même cours⁵⁹ a fait référence dans un arrêt *Ganz* aux cas où « la non-arbitrabilité relève de la matière », en expliquant la raison-d'être de ces matières par le fait « qu'elle intéresse[nt] au plus près l'ordre public international et exclu[en]t de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage ».

Concrètement, il s'agit bien évidemment des litiges d'ordre extrapatrimonial. Ainsi, la référence que fait l'article 2060 code civil aux « questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps » en tant que questions inarbitrables, demeure valable en arbitrage international alors même que l'article 2060 n'y est pas applicable.

Généralement, les matières relevant du statut personnel sont qualifiées d'inarbitrables *per se*; « il ne serait pas encore admis, par exemple, qu'un divorce, fut-il international, soit confié à un ou des

⁵⁶ Ch. Jarrosson, *L'arbitrabilité, présentation méthodologique*, *RJ com.* 1996, p.1, spécial. n° 15.

⁵⁷ B. Audit et L. D'avout, *op. cit.*, p. 1110 n° 1339.

⁵⁸ CA Paris, 16 février 1989, *Almira Films*, *Rev. arb.* 1989 p. 711.

⁵⁹ CA Paris, 29 Mars 1991, *Ganz*, *Rev. arb.* 1991 p. 478, note L. Idot.

arbitres, et moins encore un litige sur la garde d'enfant »⁶⁰. Le fondement de l'inarbitrabilité des matières de statut personnel, adopté presque unanimement en droit comparé, serait que celles-ci « intéressent de trop près les intérêts fondamentaux de la société »⁶¹ pour qu'elles soient confiées à l'arbitrage. Il en va de même pour le droit de la famille et la matière pénale, qui constituent tous les deux, le socle des matières inarbitrables « par nature ».

Il s'agit également, selon certains auteurs, des règles dont l'application relève de la compétence exclusive d'une autre autorité que l'arbitre. Des exemples existent en pratique, notamment en ce qui concerne l'exclusivité en matière de procédures collectives de la compétence du juge du lieu d'ouverture de la procédure. Ainsi, la conclusion de la convention d'arbitrage après l'ouverture d'une procédure collective ne serait pas possible, et la suspension des poursuites individuelles ainsi que d'autres questions relatives à la procédure collective ne seront pas arbitrables. Certes, la compétence exclusive se rattachant à une matière peut, quand elle concerne l'arbitrage, la rendre inarbitrable. Pourtant, la notion de compétence exclusive reste débattue en tant que critère d'inarbitrabilité; on n'est pas sûr que la matière des procédures collectives serait inarbitrable par nature parce qu'elle s'accroche à une compétence exclusive du juge étatique. Il existe des matières qui sont qualifiées d'inarbitrables par nature sans qu'elles soient munies d'une quelconque règle de compétence, tout comme il existe inversement des matières dont la compétence relève d'un seul juge étatique sans dès lors influencer la compétence de l'arbitre. La référence à la compétence exclusive reste débattue; on l'étudiera au cours de nos développements ultérieurs.

L'ordre public international comporte plus généralement, des "règles impératives françaises ». Il s'agit, à titre d'exemple, du « décret no 68-65 du 19 janvier 1968 relatif aux événements de mer interdisant la clause compromissoire prévoyant un arbitrage à l'étranger pour l'assistance maritime rendue dans les eaux territoriales françaises entre navires battant pavillon français »⁶², de la fixation des montants compensatoires communautaire, de la réglementation concernant les investissements étrangers en France⁶³, etc.

La raison d'être de l'inarbitrabilité de ces litiges correspond le plus à ce qu'a expliqué M. Loquin par le fait « qu'ils touchent de trop près aux intérêts de la collectivité publique pour être jugés par des juges privés, sans doute parce que l'impérium de la puissance publique est directement concerné par le litige »⁶⁴. L'ordre public vise dès lors dans ces cas-là l'intérêt public étatique impliqué dans le

⁶⁰ B. Audit et L. D'avout, *op. cit.*, p. 1110 n° 1339.

⁶¹ B. Hontiau, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un reexamen*, *JDI* 1994, p. 899, speci. n° 56 p. 944 citant l'avis de D. Hascher.

⁶² D. Hascher, *Arbitrage du commerce international*, *Rép. intern Dalloz*, Janvier 2005, n° 22 et s.

⁶³ J-P. Ancel, *Travaux du comité français du DIP 1991-1993*, Pedone 1993, p. 104.

⁶⁴ E. Loquin, *op. cit.*, n° 23.

litige. Se cache derrière cette exigence le postulat selon lequel un juge étatique sera le mieux placé pour juger un litige impliquant les intérêts de son ordre étatique; il sera du moins, mieux placé qu'un juge privé détaché de tout ordre national.

La non-arbitrabilité établie par la référence à l'ordre public international, peut relever, outre la nature des matières, des règles visant à protéger les parties faibles comme le consommateur et le travailleur.

B. Les règles impératives de protection des parties faibles, composante peu évidente de l'ordre public

L'appartenance de cette catégorie de règles au rang des règles d'ordre public international faisant obstacle à l'arbitrage n'est pas évidente en matière internationale. Alors que la solution du droit français de l'arbitrage interne est claire à cet égard, elle ne l'est pas sur le plan international.

Par exemple, dans les contrats consommation, la cour de cassation ne semble pas annuler une clause compromissoire pour inarbitrabilité du litige. Au contraire, elle s'est prononcée dans l'arrêt *Renault contre V 2000*⁶⁵ pour le respect de la clause d'arbitrage dans un contrat de commande d'une automobile par un particulier auprès d'un fabricant étranger, tout en réservant la possibilité de l'arbitre de mettre en oeuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, « les règles d'ordre public international pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ». Le litige n'est donc pas inarbitrable du seul fait qu'il s'agit d'un contrat de consommation; il appartient à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence, et ensuite sur la validité de la clause. Cette solution a été lue par certains auteurs comme justifiée par le fait qu'il s'agissait en l'espèce d'une automobile de prix (Jaguar), mais la solution de la cour de cassation était assez générale, ne se référant à aucun indice de prix ou de qualité du consommateur. Elle a consacré la même solution par la suite dans l'arrêt *Rado*⁶⁶ s'agissant des contrats passés entre des particuliers et des intermédiaires financiers en vue de placement.

La protection du consommateur sur le plan international est aujourd'hui assurée par la réglementation des clauses abusives, souvent d'origine européenne et considérées d'ordre public. À cet égard, nous remarquons la tendance de la cour de justice à faire primer l'intérêt de la protection du consommateur sur celui de « l'autonomie des procédures nationales ».

En droit du travail, la solution est originale. Elle ne consiste pas non plus en une inarbitrabilité des litiges entre travailleur et employeur, mais plutôt en une « inopposabilité » *in favorem* de la clause compromissoire au travailleur qui a « saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu

⁶⁵ Cass. 1ère civ., 21 Mai 1997, *Renault c. V 2000 (Jaguar France)*.

⁶⁶ Cass. 1ère civ., 30 Mars 2004.

des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail»⁶⁷. Décidant ainsi, la chambre sociale de la cour de cassation donne au travailleur la faculté et non l'obligation de se soumettre à la clause compromissoire qu'il a contracté; il peut dès lors se délier de son engagement contractuel s'il l'estime plus avantageux.

Par conséquent, nous ne pouvons plus dire que les litiges des contrats de travail internationaux sont inarbitrables. Ils ne le deviennent pratiquement que si le travailleur saisi « régulièrement la juridiction française compétente » et rend par la suite la clause compromissoire inopposable à lui. S'il décide par contre, de faire jouer la clause d'arbitrage, le litige sera bien arbitrable.

En conclusion, nous remarquons à travers la règle matérielle d'arbitrabilité dans l'arbitrage international la volonté de la jurisprudence française « d'ouvrir largement les vannes de l'arbitrabilité, animée par une démarche casuistique propre au droit international ».

Cette conception libérale est justifiée pour certains par le fait, d'une part, qu'il n'y a plus de raison de suspecter que des arbitres sont indifférents à une allégation de violation de l'ordre public d'un Etat avec lequel le litige présente un rattachement, et d'autre part, qu'*in fine*, leur sentence sera soumise au contrôle des tribunaux étatiques sur contestation de la partie à laquelle la décision fait grief. Mais encore faut-il que ce recours soit possible, et qu'il ne soit pas purement formel. Le recours ne sera possible que si le siège de l'arbitrage est dans l'Etat dont l'ordre public est concerné, afin que ses juges puissent exercer leur pouvoir de contrôle et d'annulation, ou bien qu'il y sera exécuté. Sur le second point, le contrôle de la sentence exercé ultérieurement est souvent critiqué par la doctrine pour n'être que « purement formel » et extrêmement souple tel qu'il n'existe pas réellement.

D'autres auteurs ont vu dans ce libéralisme « une proclamation de l'égalité entre la justice étatique et la justice contractuelle »⁶⁸. Même l'ordre public n'est plus, en soi, un critère d'inarbitrabilité, puisque l'arbitre a désormais le droit de se prononcer sur la violation de l'ordre public et de la sanctionner. L'ordre public n'est finalement qu'une limite à respecter par la sentence arbitrale.

La tâche de tracer l'évolution jurisprudentielle des articles 2059 à 2061 du code civil était extrêmement difficile. En effet, ces difficultés vont compliquer davantage le travail de l'arbitre tenu de se prononcer d'abord sur sa compétence et spécialement sur l'arbitrabilité du litige. Ce chaos entre les textes et la jurisprudence rend la mission de l'arbitre assez difficile quand il sera invité à appliquer le droit français à la question d'arbitrabilité.

⁶⁷ Cass. soc. 16 févr. 1999 et 4 mai 1999, *Rev. arb.* 1999. 290, note M.-A. Moreau.

⁶⁸ D. HASCHER, *op.cit.*, n° 22 et s.

En essayant de la simplifier autant que possible, et dans l'attente d'une intervention législative mettant fin à toutes ces complications, nous dresserons un bilan provisoire des critères de l'inarbitrabilité en droit français.

§ 3- Bilan des critères de l'inarbitrabilité du droit français

L'arbitrabilité peut toujours résulter, sur les deux plans interne et international, du fait que la convention d'arbitrage est illicite par son objet même. Elle le serait lorsqu'elle donne mission au tribunal arbitral de violer l'ordre public. C'est un cas de figure rare, mais qui peut se poser pratiquement quand les parties délimiteront la mission de l'arbitre de telle manière qu'il soit inéluctablement conduit à consacrer une violation de l'ordre public dans sa sentence. M. Racine nous donne l'exemple d'un contrat violant le droit de la concurrence, auquel les deux parties s'accordent à réclamer son exécution sans soulever son illicéité; elles limitent la mission de l'arbitre à l'interprétation et l'exécution du contrat sans lui permettre de se prononcer sur sa validité. Dans ce cas de figure, l'arbitre sera invité à se déclarer incompétent plutôt que d'entrer dans le jeu de l'illicéité.

Dans l'arbitrage interne, l'inarbitrabilité résulte,

- soit de l'indisponibilité des droits prévue par l'article 2059 du code civil, en vue de protéger la personne titulaire du droit litigieux. Compte tenu de la fonction protectrice de cette inarbitrabilité, elle est temporaire. Elle ne durera que tant que le droit protégé n'a pas été acquis, ou tant que la situation de faiblesse n'a pas disparue.
- soit de la violation de l'ordre public prévue par l'article 2060, mais non pas de la simple implication de l'ordre public au fond du litige. Elle résulte donc des matières expressément citées par l'article 2060, ainsi que des règles « très impératives » du droit français.

Dans l'arbitrage international, l'inarbitrabilité ne résulte que de l'exception de l'ordre public exprimée par une règle matérielle de la jurisprudence française. Dans ce cas de figure, l'ordre public se limite à certaines matières inarbitrables par nature constituant le "noyau dur" de l'ordre public international.

Concernant ces matières, M. Seraglini⁶⁹ nous fait remarquer la relativité des solutions en droit comparé de l'arbitrage international. Ainsi, des matières jugées comme inarbitrables « par nature » pour le juge français ne le seront pas nécessairement pour un autre juge, et cette relativité n'est pas sans incidents. Il propose alors au juge français d'adopter un raisonnement plus nuancé, qui sera substitué à l'inarbitrabilité absolue des blocs de matières: « il n'est pas forcément judiciaire, lorsque

⁶⁹ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc., p.144 n° 130.

l'ordre juridique français n'entretient pas de rapports avec la situation litigieuse, pour le juge français d'imposer une inarbitrabilité *per se*, sans consulter le droit étranger plus concerné par la question ». Il paraît donc plus adéquat de « raisonner à partir de ces normes et de vérifier leur applicabilité au litige ainsi que l'étendue exacte de la restriction qu'elles posent ». Cette proposition se rapproche d'une sorte d'ordre public atténué appliqué en matière d'inarbitrabilité internationale.

À l'issue de l'établissement d'un bilan, même provisoire, des critères de l'inarbitrabilité, surgit le débat toujours animé en France sur l'utilité des articles 2059 et 2060. Ce débat se nourrit principalement du fait de l'intersection fréquente des deux chefs d'inarbitrabilité visés par ces articles, à savoir, de l'indisponibilité des droits et de l'ordre public.

Selon M. Racine⁷⁰, « c'est l'ordre public qui, généralement, est le critère de la libre disponibilité des droits », et les deux critères ont donc tendance à se rejoindre. Il réclame ainsi l'inutilité de l'article 2060 suite à l'évolution de la jurisprudence ayant parvenue à la règle largement opposée selon laquelle l'ordre public ne constitue pas en soi un obstacle à l'arbitrage. Selon lui, l'art. 2059 suffit à lui seul dès lors que c'est l'ordre public qui rend certains droits indisponibles, et ainsi le litige les concernant devient inarbitrable; « une fois l'indisponibilité du droit est retenue, il est inutile de faire référence à l'ordre public ».

Cependant, d'autres auteurs arrivent à distinguer les fondements des articles 2059 et 2060 et défendent la pertinence des deux textes⁷¹.

La seule chose dont est sûr est l'incertitude de cette matière. L'intervention du législateur est désormais souhaitable, pour mettre fin à ces incertitudes de l'arbitrabilité interne, et consacrer peut être, avec plus de clarté, la jurisprudence de l'arbitrage internationale.

Loin des articles du code civil, un troisième critère d'inarbitrabilité est discuté. C'est la compétence exclusive du juge étatique faisant obstacle à l'arbitrage. Est-ce qu'il s'agit finalement d'un chef d'inarbitrabilité autonome ou est-ce qu'il s'agit d'une autre dérivée de l'ordre public?

Section 2- La compétence exclusive d'un juge étatique: un critère d'inarbitrabilité?

La question qui se pose est celle de savoir, si, dans le cas où la loi attribue une compétence exclusive à une juridiction ou une autorité particulière pour connaître de certains types de litiges, l'attribution

⁷⁰ Racine J-B., *op. cit.*, p.165 n° 222.

⁷¹ Notamment, E. LOQUIN, *op. cit.*, n° 22 et s. et n° 83.

de compétence exclusive constitue-t-elle, en soi, un obstacle à l'arbitrage et ainsi un critère d'inarbitrabilité ?

La confusion vient principalement du fait que, souvent, l'attribution d'une compétence exclusive à des juridictions spécialisées pour connaître de certains litiges va de paire avec l'inarbitrabilité de ceux-ci. Nous nous demandons donc s'il s'agit d'une simple coïncidence ou plutôt d'un lien de cause à effet entre la compétence exclusive et l'inarbitrabilité des litiges, étant donné que ni les textes ni la jurisprudence ne répondent expressément à cette question.

La cour d'appel de Paris avait jugé dans un arrêt précité du 16 février 1989⁷² que « l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public international ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ». Par cet arrêt s'inscrivant dans le cheminement de l'évolution du critère de l'ordre public, la cour d'appel, voulant limiter l'inarbitrabilité en droit international aux matières inarbitrables « par nature », a, à tort ou à raison, lié l'inarbitrabilité relevant de la matière à l'attribution d'une compétence exclusive à celle-ci. Il résulte ainsi de la lettre de cet arrêt, que seules les matières relevant de la compétence exclusive de la juridiction étatique sont inarbitrables « par nature ». Nous serons par conséquent tentés de considérer que la compétence exclusive est désormais le seul critère d'inarbitrabilité, du moins en matière internationale.

Cependant, la majorité de la doctrine n'adopte pas cette constatation. Ce critère est, au regard de M. Loquin, « très contestable et il n'est pas retenu par la doctrine dominante »⁷³. Bien avant, H. Motulsky⁷⁴ a affirmé que : « l'interdiction de l'arbitrage ne résulte pas de la seule existence d'une attribution impérative de compétence ». M. Racine, à son tour, et en citant d'autres auteurs partisans du même avis, constate que « la seule compétence exclusive d'une juridiction ne suffit pas, à elle seule, à rendre inarbitrable un litige. »⁷⁵

Ainsi, la compétence exclusive ne suffit pas en soi à fonder une inarbitrabilité de la matière à laquelle elle se rattache. Il ne s'agit pas d'un troisième critère d'inarbitrabilité, et il n'existe pas de liens de cause à effet entre la compétence exclusive d'une matière et son inarbitrabilité.

Néanmoins, la réponse n'est pas si évidente; elle est sujette à des nuances et des tempéraments. D'ailleurs, ces mêmes auteurs qui ne croient pas que la compétence exclusive fonde en soi une inarbitrabilité, nuancent assez rapidement leurs constatations eu égard aux difficultés qui entourent

⁷² CA Paris 16 février 1989, préc.

⁷³ E. LOQUIN, op. cit., n° 23.

⁷⁴ H. Motulsky, note sous Soc., 7 fev.1958, *JCP* 1958, II, 100777.

⁷⁵ Racine J-B., *op. cit.*, p.170 n° 228. ; Colmar, 21 Sept. 1993, *Rev.arb.* 1994, p. 348, Note D. Cohen.

la question. C'est le cas notamment de M. J-B Racine, qui, en révélant la complexité des solutions en matière d'arbitrage, annonce que certaines compétences exclusives « font obstacle à l'arbitrage », ou au moins, « restreignent les pouvoirs des arbitres »⁷⁶. Cela justifie le fait qu'il aborde cette question sous l'intitulé d'un « potentiel critère d'inarbitrabilité ». La compétence exclusive est également représentée comme un « critère discuté »⁷⁷.

Il faudra donc analyser les raisons qui ont motivé l'attribution de la compétence exclusive à certaines matières, et s'interroger sur sa finalité afin de pouvoir déceler les cas particuliers où elle constituera peut-être, un critère d'inarbitrabilité.

Grosso modo, nous arrivons à distinguer deux effets contradictoires d'une attribution de compétence exclusive par rapport à l'arbitrage. Tantôt l'attribution d'une compétence exclusive à une autorité ne concerne pas l'arbitrage (§1), tantôt elle l'inclut dans sa restriction et rend par la suite la matière concrètement inarbitrable (§2).

§1- L'attribution d'une compétence exclusive à une autorité ne concerne pas l'arbitrage

Revenant à l'origine de la notion telle qu'elle a été étudiée par Rubellin-Devichi dans sa thèse⁷⁸, l'attribution d'une compétence exclusive à un tribunal implique simplement « qu'un tribunal se voit confier la connaissance étendue de certaines catégories de litiges, par dérogation aux règles habituelles de compétence, et notamment au principe selon lequel « le juge de l'action est le juge de l'exception ». Pratiquement, la mise en oeuvre de cette notion implique qu'un tribunal saisi d'un litige dont la matière relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction, doit se dessaisir jusqu'à ce que cette autre juridiction ait statué⁷⁹. Ainsi conçue, la notion de compétence exclusive, le constate M. Loquin, « semble sans rapport avec la possibilité ou l'impossibilité de l'arbitrage ».

Dans la mesure où elle s'inscrit seulement dans le cadre de la répartition des compétences matérielles entre les différentes juridictions d'un même ordre juridique, la compétence exclusive n'a pas pour effet de soustraire le litige à la compétence de l'arbitre. Cet effet neutre de la compétence exclusive par rapport à l'arbitrage s'explique en revenant à la raison d'être de cette attribution.

En effet, quand le législateur décide d'attribuer une compétence exclusive à un certain juge pour une matière déterminée, il fait le choix du juge qu'il estime, parmi les autres juges de son organigramme judiciaire, le plus approprié pour connaître du litige en question. Souvent, il ne se soucie pas de la compétence de l'arbitre en la matière. Celle-ci est déterminée par la volonté des parties. Comme

⁷⁶ Racine J-B., *op. cit.*, p.170 n° 228

⁷⁷ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc. p. 125 n° 114.

⁷⁸ J. Rubellin-Devichi, *Essai sur la nature de l'arbitrage*, thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 1965, 412 n° 77.

⁷⁹ V-H. Sinay, *La compétence exclusive*, JCP G 1958, I, 1451.

l'exprime bien René Savatier⁸⁰, « les arbitres sont en marge de l'organisation judiciaire, les questions de compétence leur sont étrangères, puisque leur droit de juger est la conséquence d'une convention et non de l'organisation judiciaire. À la vérité, en effet, quand la loi détermine une compétence judiciaire elle précise simplement la division du travail qu'elle établit entre les juges mandatés par elle. Elle n'envisage pas le cas où les plaideurs préfèrent se passer de ces juges ».

Dans cette perspective, la compétence exclusive n'est pas, *à priori*, un obstacle à la résolution d'un litige par voie arbitrale, dès lors que l'arbitrage n'est pas concerné par les règles de répartition de compétences entre juridictions étatiques. Il s'agit par exemple de l'attribution traditionnelle d'une compétence exclusive en matière immobilière au juge du lieu de situation de l'immeuble, qui ne fait pourtant pas obstacle à l'arbitrabilité de ladite matière. Il s'agit également de la matière des baux ruraux attribuant une compétence exclusive et impérative au tribunal paritaire⁸¹, mais pouvant être écartée au profit d'une juridiction arbitrale⁸². De même, en matière de brevets d'inventions, l'article L. 615-17 du Code de la propriété intellectuelle attribue une compétence exclusive et impérative à certains tribunaux de grande instance tout en énonçant, que ces dispositions « ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil ».

D'autre part, il existe des hypothèses où la règle de compétence exclusive rattachée à une matière aura un effet négatif sur la compétence de l'arbitre.

§2- L'effet restrictif d'une compétence exclusive à l'égard de l'arbitrage

L'attribution d'une compétence exclusive peut avoir pour conséquence de soustraire la matière à laquelle elle s'attache à l'arbitrage. Il s'agit des cas où la compétence exclusive constituera, exceptionnellement, un obstacle à l'arbitrage.

Ce rapport entre la compétence et l'arbitrage est selon Robert et Moreau, lié à l'impérativité de la compétence plutôt qu'à son exclusivité. Leur raisonnement consiste à distinguer la compétence exclusive de la compétence impérative.

La notion de la compétence exclusive telle qu'on l'a exposée auparavant n'a pas pour effet de soustraire la matière en question à l'arbitrage. Par contre, la compétence impérative ayant pour but

⁸⁰ Note sous CA Angers, 27 mars 1953 : D. 1954, p. 407.

⁸¹ D. n° 58-1293, 22 déc. 1958, art. 1er.

⁸² En ce sens, Cass. soc., 7 févr. 1948, *Bull. civ.* 1948, IV, n° 148.

d'interdire « la prorogation conventionnelle de compétence au profit d'une autre juridiction étatique, n'exclut-elle pas à fortiori la désignation d'une juridiction privée ? »⁸³.

Ce critère ne nous paraît pas non plus satisfaisant. Son rejet est bien exprimé par M. Loquin en ce qu'il conteste la considération sur laquelle il repose, et qui consiste à ramener le compromis ou la clause compromissoire à des prorogations conventionnelles de compétence. Selon lui, « en recourant à l'arbitrage, les parties n'entendent pas désigner telle ou telle juridiction, elles choisissent un autre mode de règlement des litiges. Or on peut concevoir que le législateur, en attribuant impérativement compétence à une certaine catégorie de juridiction veuille simplement désigner les tribunaux qui lui paraissent les plus appropriés parmi les juridictions étatiques, sans pour autant exclure ce mode de règlement particulier qu'est l'arbitrage »⁸⁴.

Même la compétence impérative ne justifie pas nécessairement l'inarbitrabilité de la matière à laquelle elle se rattache. Nous tenterons donc de déceler, à partir des matières qui concrétisent le lien entre la compétence exclusive ou impérative et l'inarbitrabilité, les potentiels fondements de ce lien.

À l'étude de certaines matières du droit français, nous remarquons une assimilation de l'existence d'une compétence exclusive à l'implication de l'ordre public dans la matière en question (A). Ne partageant pas complètement ce point de vue, nous apportons quelques nuances à cette assimilation (B) en vue de dresser un bilan explicitant les liens entre la compétence exclusive et l'arbitrabilité d'un litige (C).

A- L'assimilation de la compétence exclusive à l'implication de l'ordre public dans la matière concernée

Parmi les différents exemples du droit français qui concrétisent le lien entre la compétence exclusive et l'inarbitrabilité, nous citons celui de l'inarbitrabilité de la matière d'état des personnes, relevant de la compétence exclusive du tribunal de grande instance; il s'agit également de l'inarbitrabilité des litiges du droit du travail, soumis à la compétence exclusive des conseils de prud'hommes. Partant de ces exemples, il serait légitime de penser que l'attribution de la connaissance exclusive d'une catégorie de litiges à un ordre de juridiction étatique par le législateur, a pour objectif de les soustraire à l'arbitrage. Cela pourrait évidemment être le cas, mais cette constatation n'a pas vocation à être généralisée, étant donné qu'il existe bien des contre-exemples que nous venons d'exposer.

Afin de pouvoir établir une constatation claire concernant le rapport entre la compétence exclusive étatique et l'arbitrage, il nous faudra rechercher, dans chacun des cas d'attribution de cette compétence, la volonté réelle du législateur. Est-ce qu'il a voulu par le biais d'une règle de

⁸³ J. Robert et B. Moreau, *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, Paris, Dalloz 1993, 5^e édition, n° 40.

⁸⁴ E. Loquin, *op. cit.*, n° 23.

compétence exclusive, organiser simplement la compétence de ses juridictions, ou est-ce qu'il visait, de plus, à limiter le recours des parties à l'arbitrage?

Le critère de la recherche de la volonté du législateur nous semble très pertinent. Il ne suffit pas de regarder l'effet de la règle de compétence étatique à l'égard de la compétence de l'arbitre, car celui-ci, nous le verrons, peut ne pas vouloir viser l'arbitrage en tant que mode alternatif de résolution des litiges, mais viser l'arbitre comme tout autre juge civil.

Comme l'exprime P. Ancel, « encore faut-il se demander si cette compétence exclusive est liée à de simples impératifs d'organisation juridictionnelle, ou si elle tient au lien des litiges en questions avec des intérêts publics prédominants »⁸⁵.

Il ressort de cette référence aux « intérêts publics prédominants » que ceux-ci constituent le fondement de la compétence exclusive ayant pour conséquence de rendre inarbitrable la matière à laquelle elle s'applique. C'est notamment le cas de la matière fiscale ou pénale, qui intéressent trop l'ordre public pour échapper au juge étatique, ainsi que les deux exemples qu'on vient de citer.

En effet, la référence à l'ordre public en général pour justifier l'effet d'une compétence exclusive sur l'arbitrabilité des litiges est partagée par la majorité de la doctrine. C'est ainsi que Motulsky, dans une déclaration précitée annonçant l'insuffisance d'une compétence exclusive comme critère d'inarbitrabilité ajoute, « elle ne doit être admise que dans le cas où cette attribution traduit l'idée que le règlement du différend par la voie arbitrale apparaît, en soi, comme contraire à l'ordre public ».⁸⁶

Nous arrivons ainsi à une déduction, du moins provisoire, selon laquelle la compétence exclusive ne suffit pas à constituer un critère d'inarbitrabilité, sauf si elle traduit des exigences liées à l'ordre public.

L'analyse que fait M. Seraglini⁸⁷ du fondement de la compétence exclusive mérite une attention particulière. Selon lui, quand l'attribution d'une compétence exclusive à une juridiction pour connaître d'un litige coïncide avec l'inarbitrabilité de celui-ci, elle est motivée par des considérations d'ordre public et cela pour l'une des deux raisons : soit parce que la matière touche à la souveraineté de l'Etat et implique souvent l'intervention de la puissance publique, soit parce qu'elle implique des tiers. La volonté du législateur serait dans ce cas de réaliser, par le biais d'une règle de compétence exclusive, l'objectif de la loi: « le législateur veut que tous les aspects d'une matière, ou certains d'entre eux soient concentrés devant une seule et même juridiction, car cela lui apparaît comme le seul moyen de mener à bien le but poursuivi par la loi ». L'auteur conclue ainsi au fait que l'attribution

⁸⁵ P. Ancel, *Arbitrage et ordre public fiscal*, *Rev. arb.* 2001, p. 269.

⁸⁶ Motulsky H., note *op. cit.*

⁸⁷ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc n° 114.

d'une compétence exclusive n'est pas un facteur d'inarbitrabilité, mais que c'est plutôt le caractère spécifique de la matière concernée par le litige liée à l'ordre public qui exclut l'arbitrage.

Il explique l'effet de la compétence exclusive sur l'arbitrage par sa *ratio legis*, la raison profonde de son existence. Ceci dit, M. Seraglini propose d'abandonner la référence à l'exclusivité de la compétence parmi les critères d'inarbitrabilité puisqu'elle sera, selon lui, toujours justifiée par l'une des raisons suivante: l'indisponibilité des droits ou de la matière édictée par l'article 2059 code civil dans un souci de protection, ou plus largement, par des considérations d'ordre public commandant d'exclure l'arbitrage en vertu de l'article 2060 C.civ..

Nous ne partageons pas entièrement cette analyse et nous croyons qu'elle est susceptible d'être nuancée davantage.

B- Les nuances à apporter à l'appréciation de la compétence exclusive

En effet, parmi les cas de coïncidence entre l'exclusivité de la compétence et l'inarbitrabilité du litige, il serait intéressant de remarquer qu'il existe des hypothèses où le litige ne serait pas inarbitrable au sens propre du terme. Dans ces cas, il est vrai que l'arbitre ne sera pas compétent, mais non pas en raison de sa qualité d'arbitre, plutôt parce qu'en tant que « juge civil, comme tout autre juge placé dans la même situation que lui, il ne peut apprécier un contentieux réservé à un juge ou à une autorité spécialisée »⁸⁸. C'est J-B. Racine qui nous fait remarquer cette subtilité, à partir de laquelle nous dégagons la distinction entre, au moins, deux cas de figure:

- Les cas où l'attribution d'une compétence exclusive, alors qu'elle rend le litige inarbitrable, ne vise pas nécessairement l'arbitrage en tant que tel. L'arbitre serait incompétent comme tout autre juge civil, notamment parce que le litige intéresse la souveraineté d'un seul Etat ou encore, nécessite l'intervention de ses puissances publiques. L'illustration nous parvient de la matière pénale, et dans certaines mesures, de la matière fiscale.
- Les cas où l'attribution d'une compétence exclusive vise délibérément à écarter l'arbitrage, parce qu'il ne sera pas adéquat, à cause de la spécificité de sa nature et de sa procédure, à la résolution de certains types de litige. L'exemple-type d'une telle hypothèse serait l'implication des tiers dans le litige que nous retrouvons notamment dans les procédures collectives, où la protection des tiers nécessite le regroupement des litiges entre les mains d'une seule juridiction, ainsi qu'en matière de brevets et de marques où « l'intérêt des tiers justifie également que l'arbitre n'a pas le pouvoir d'annuler *erga omnes* un brevet ou une marque, opposable à tous. L'effet *erga omnes* de la décision d'annulation ne peut pas être obtenu par une sentence arbitrale, de nature non publique, mais devant

⁸⁸ J-B. Racine, *op. cit.*, p. 170 n° 228.

le seul tribunal de grande instance qui connaît en la matière une compétence exclusive. »⁸⁹ Ainsi, c'est la source conventionnelle du pouvoir de l'arbitre, lui empêchant de se prononcer sur la validité d'un titre à l'égard de tous, qui justifie l'attribution d'une compétence exclusive au juge étatique. Cette énonciation de M. Loquin met le doigt sur la particularité de ces cas. Dans ces derniers, la *ratio legis* de l'exclusivité de la compétence est intimement liée à l'arbitrage. Elle pourrait donc viser l'arbitre particulièrement en raison de la spécificité de son pouvoir. C'est dans ce dernier cas seulement que la compétence exclusive se calque véritablement à l'inarbitrabilité du litige, et qu'elle peut alors en constituer un critère.

L'attribution d'une compétence exclusive, contrairement aux critères établis par les articles 2059 et 2060 du code civil, ne vise pas à l'origine à légiférer sur l'arbitrage. Cependant, comme on vient de le remarquer, ses effets peuvent embrasser l'arbitrabilité d'un litige. Quand ils le font à cause de la spécificité de l'arbitrage en tant qu'une justice privée, c'est là où l'attribution d'une compétence exclusive se rapproche le plus d'un critère d'inarbitrabilité. Il faudra donc distinguer, à notre avis, les hypothèses où la compétence exclusive vise l'arbitre comme tout autre juge civil, de celles où elle le vise particulièrement en raison de sa mission d'arbitre.

Par un souci de simplification et de clarté, nous dressons un bilan illustrant les différents cas pouvant lier la compétence exclusive étatique à l'arbitrabilité d'un litige.

C- Bilan sur les liens entre la compétence exclusive et l'arbitrabilité

Suite aux nuances décelées au cours de l'étude de ce lien, nous arrivons enfin à distinguer trois catégories de cas:

- Les cas où la compétence exclusive vise simplement et uniquement à répartir les compétences entre juridictions étatiques et n'a aucun effet sur l'arbitrage, comme en matière immobilière ou en matière de beaux ruraux. La compétence exclusive s'illustre dans ces cas par sa notion originelle.
- Les cas où la compétence exclusive coïncide avec l'inarbitrabilité du litige tout en visant l'arbitre en tant que juge civil, ainsi que tous les autres juges étatiques. La raison d'être de l'attribution d'une telle exclusivité serait dans ce cas l'intérêt public particulier d'un Etat dans la matière concernée, ou la nécessité de l'intervention de la puissance publique. Il s'agit, à titre d'exemple, des matières pénale et fiscale.
- Les cas où la compétence exclusive s'oppose explicitement à l'arbitrabilité du litige, en raison de la spécificité de la nature et de la procédure arbitrale. C'est notamment le cas de tous les

⁸⁹ E. LOQUIN, *op. cit.*, n° 23.

litiges impliquant des tiers, comme les procédures collectives, outre le fait que ces procédures concernent également l'ordre public. Ainsi conçue, la compétence exclusive se rapproche le plus d'un critère d'inarbitrabilité, parce qu'elle vise particulièrement l'aptitude d'un litige à être soumis à l'arbitrage, en raison de sa particularité de justice privée. Si sa profonde raison d'être se trouve dans la particularité de la matière, estimée indisponible ou d'ordre public, comme l'illustre M. Seraglini, nous pouvons considérer que la compétence exclusive est un moyen de procédure calqué sur la matière afin de garantir son non-recours à l'arbitrage. Ainsi, quand cette compétence exclusive est prévue, elle rend le recours à l'arbitrage contraire à l'ordre public. Pratiquement, la procédure serait nécessairement étatique; l'avantage de l'attribution d'une compétence exclusive est qu'elle rend l'inarbitrabilité du litige claire et prévisible pour les parties.

Par conséquent, quand l'attribution de la compétence exclusive va de paire avec l'arbitrabilité, il existe une tendance jurisprudentielle qu'on a révélée auparavant, de considérer non seulement qu'il s'agit d'un critère d'inarbitrabilité, mais qu'il s'agit du seul critère qui subsiste suite à l'évolution de la notion d'ordre public: « La tendance de la jurisprudence arbitrale elle-même est de n'exclure l'arbitrage que s'il est demandé à l'arbitre de prendre une décision que la loi réserve à la compétence exclusive des tribunaux ou de l'autorité publique »⁹⁰.

La question est de savoir si la compétence exclusive constitue un critère d'inarbitrabilité est de vérifier si, pratiquement, les matières liées par une compétence exclusive sont plus difficilement « ouvrables » à l'arbitrage.

En d'autres termes, l'attribution d'une compétence exclusive à une juridiction déterminée pour une matière déterminée, qu'elle soit un critère d'inarbitrabilité ou un simple moyen de procédure, rend-elle la matière plus fermée à l'arbitrage, et donc rend son inarbitrabilité plus rigide?

Nous cherchons la réponse à cette question à partir de l'évolution de deux matières originellement considérées comme inarbitrables, à la lumière de la *favor arbitrandum* du droit français.

L'étude de l'évolution de ces matières dans une vague de faveur à l'arbitrage est révélatrice de l'utilité des restrictions à l'arbitrage qu'on a vues jusque-là. L'intérêt ultime de notre étude est de savoir quand est-ce que ces restrictions sont justifiées et quand est-ce qu'elles sont appelées à évoluer, voire à disparaître.

En vue de satisfaire l'intérêt recherché par notre problématique, nous avons choisi d'étudier l'exemple du droit des sociétés et celui des procédures collectives; les deux matières impliquant

⁹⁰ Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, London, Kluwer Law International 1999, n° 580 et s.

fortement l'ordre public ainsi que l'intérêt des tiers, étant donné que l'ordre public subsiste comme le seul -ou presque- obstacle à l'arbitrage.

Nous avons choisi ces matières en particulier en ce qu'elles intéressent l'ordre public économique et non pas l'ordre public moral ou social. Ces matières relatives à l'organisation économique ont aujourd'hui la particularité de fournir « le plus important tribut à l'ordre public et sont de nature à entraver davantage le jeu de l'arbitrage »⁹¹. Paradoxalement, le secteur économique est le secteur privilégié de la justice arbitrale.

L'évolution de ces matières à la lumière de la faveur à l'arbitrage est très révélatrice du développement de l'ordre public économique; celui-ci correspond à l'évolution du rôle de l'Etat devenu plus interventionniste au cours du XX^e siècle. En effet, c'est en matière économique que l'ordre public est le plus instable et évolue sans cesse au sein d'une même matière.

De ce fait, l'étude du développement concret de la faveur à l'arbitrage est très enrichissante dans ces domaines où la notion d'ordre public bouge assez rapidement.

Titre II- L'incidence des critères d'arbitrabilité sur le développement de la *favor arbitrandum*

La jurisprudence française, illustrant une tendance répandue en droit comparé, n'a cessé au cours des dernières décennies d'étendre le domaine de l'arbitrabilité, en donnant effet à des accords d'arbitrage nonobstant le fait que le litige impliquait l'application de règles d'ordre public; Cependant, certaines matières demeurent inarbitrables même en matières économiques⁹².

Pour certaines d'entre elles, notamment celles qui sont traditionnellement imprégnées d'ordre public et fermées à l'arbitrage, l'évolution qu'on vient de décrire a sensiblement changé le paysage. Le droit des sociétés paraît être l'exemple d'un libéralisme arbitral croissant malgré le rattachement général de la matière à l'ordre public (Chapitre I), contrairement aux procédures collectives, qui demeurent généralement connues comme hostiles à l'arbitrage (Chapitre II).

Qu'est ce qui permet dans un cas l'ouverture à l'arbitrage et qu'est qui l'empêche dans l'autre? Est-ce que l'existence d'une compétence exclusive produit des incidences sur le libéralisme en matière d'arbitrage?

L'étude des différentes voies de développement de l'arbitrage dans les deux matières précitées est susceptible de nous rapporter des éclaircissements sur les facteurs nécessaires à ce développement. C'est ainsi que nous exploiterons l'étude qu'on a faite jusque-là sur les restrictions à l'arbitrage, en

⁹¹ J. Robert et B. Moreau, *op. cit.* n° 32.

⁹² B. Audit et L. D'avout, *op. cit.*, p. 1112 n° 1341.

vue de voir quand est-ce que ces restrictions sont susceptibles d'évoluer, de disparaître, pour céder la place à plus de libéralisme, et quand est-ce que leur existence est primordiale, véritable garante de l'ordre public et des intérêts en jeu.

Chapitre I- L'arbitrage en droit des sociétés : l'exemple d'un libéralisme croissant

L'évolution de l'arbitrage au sein de la matière sociétaire en droit français n'est que la conséquence directe de la faveur qui lui a été attribuée par celui-ci. Selon le professeur Daniel Cohen, « la tendance générale du droit français doit entraîner de manière logique de larges possibilités de recours à l'arbitrage en matière de sociétés »⁹³.

Effectivement, le domaine sociétaire représente aujourd'hui l'exemple-type de la croissance du libéralisme arbitral; qui dit plus de libéralisme dit moins de restrictions, ce qui affirme la véracité de ce que dit M. Loquin en affirmant que « le domaine de l'inarbitrabilité s'est ici réduit comme une peau de chagrin »⁹⁴.

La question se pose de savoir pourquoi le droit des sociétés, alors qu'il intéresse l'ordre public, a particulièrement constitué un domaine propice à l'arbitrage (Section 1), et s'il demeure néanmoins des litiges sociétaires qui résistent toujours à l'ouverture à l'arbitrage (Section 2).

Section 1- Le droit des sociétés: un domaine propice à l'arbitrage malgré l'implication de l'ordre public

La doctrine presque unanime approuve que l'arbitrage est une justice utile à la matière du droit des sociétés, notamment eu égard à la confidentialité et la rapidité nécessaires dans ce domaine. C'est ainsi que J-B. Racine l'a décrit comme « un domaine propice à l'arbitrage »⁹⁵.

Pourtant, l'utilité de l'arbitrage dans ce domaine ne suffit pas à expliquer pourquoi il se présente comme une terre fertile au développement de la faveur à l'arbitrage, spécialement que le droit des sociétés est reconnu pour son rattachement intime à l'ordre public. M. D. Cohen avance une explication à ce phénomène selon laquelle la relativité de l'ordre public sociétaire le rend incapable de systématiser un refus de l'arbitrage en la matière (§1); cette explication qui nous renseigne sur les raisons derrière la relativité de l'ordre public sociétaire nous paraît convaincante. Après l'avoir exposée, nous examinerons les conséquences du libéralisme arbitral en la matière (§2) qui a emporté

⁹³ D. Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris 1993, p. 117 n° 248.

⁹⁴ E. Loquin, *op. cit.*, n° 60.

⁹⁵ J-B. Racine, *op. cit.*, p. 174 n° 233.

l'arbitrabilité de la majorité des litiges sociétaires et a conduit au déplacement du contrôle de l'ordre public.

§ 1- L'ordre public sociétaire incapable de fonder une interdiction à l'arbitrage

On pourrait imaginer l'interdiction de compromettre subsister en droit des sociétés en raison du rattachement de ladite matière à l'ordre public. Cependant, la spécificité de l'ordre public sociétaire, très relatif et variable, ne suffit pas en soi à fonder un refus systématique de l'arbitrage en la matière. M. D. Cohen démontre la variabilité remarquable de l'ordre public sociétaire en le justifiant par la « diversité de ses sources (A) à laquelle répond la variabilité de son contenu » (B)⁹⁶.

A. La diversité des sources de l'ordre public sociétaire

Classiquement, le législateur intervient par le biais de lois; néanmoins le juge a un grand rôle dans le droit des sociétés, ce qui modifie constamment le domaine de son ordre public.

Les lois relatives aux sociétés en droit français sont largement imprégnées d'ordre public, même si la loi ne l'indique pas à la lettre, on peut facilement le dégager du grand nombre de dispositions impératives (il s'agit de dispositions qui ordonnent, ou défendent à peine de nullité, ou rendent non écrites les clauses contraires) et de dispositions pénales qu'elle contient.

Quant à l'intervention du juge, l'incidence de son rôle en la matière est exprimée par Malaurie dans sa formule « l'ordre public varie avec la longueur des pieds des magistrats ». Ceci témoigne de l'importance du rôle du juge en matière de sociétés: outre le rôle classique d'applications des dispositions légales d'ordre public et d'en tirer les conséquences, le juge peut être plus créateur en déclarant, ou même en « découvrant » certaines dispositions d'ordre public en l'absence de toute référence légale à la notion.

En plus des sources classiques qui sont la loi et la jurisprudence, l'ordre public sociétaire émane également de sources « modernes ». Le pouvoir réglementaire en est une manifestation, dès lors que le droit des sociétés relève en partie dudit pouvoir; même s'il apparaît comme une source « annexe » par rapport à la source législative, son rôle dans la définition de l'ordre public n'est pas négligeable.

S'ajoute au rôle annexe du pouvoir réglementaire celui des autorités boursières qui, à leur tour, enrichissent l'ordre public sociétaire à travers les différents avis, recommandations ou injonctions qu'elles émettent. Nous citons à titre d'exemple le pouvoir d'injonction et le pouvoir

⁹⁶ D. Cohen, *op.cit.*, p. 100 n° 216.

réglementaire reconnu officiellement à la commission des opérations de bourse (C.O.B) par le législateur, ainsi que les pouvoirs réglementaire et de sanction reconnus au conseil des bourses de valeurs (C.B.V). Ces organismes, s'ils ne créent pas l'ordre public, sont au moins susceptibles d'influer son évolution en matière de droit des sociétés.

La diversité des sources de l'ordre public sociétaire se traduit par une grande variabilité dans son contenu. Comme l'ordre public tout court, l'ordre public sociétaire est « à géométrie variable ». À son étude attentif, nous remarquons qu'il est traversé par des mouvements contradictoires, tantôt d'effacement, tantôt d'omniprésence, qui le rendent si relatif pour fonder l'inarbitrabilité de la matière.

B. la variabilité du contenu de l'ordre public sociétaire

Le contenu très variable de l'ordre public sociétaire n'est pas compatible avec une conception très restrictive de l'arbitrabilité. Bruno Oppetit⁹⁷ constate deux tendances contradictoires en droit français des sociétés: une tendance d'institutionnalisation qui se traduit, du point de vue de l'ordre public, par une tendance à son omniprésence (I), et celle d'une déréglementation qui se traduit par une tendance à son effacement (II).

I. La tendance à l'omniprésence de l'ordre public

L'institutionnalisation se traduit en pratique par le recul de la liberté contractuelle au profit de l'extension du domaine de l'ordre public.

À la lecture de la législation française sur le droit des sociétés, nous décelons l'existence de règles impératives dans chacun des domaines de l'organisation du fonctionnement de la société, de la répartition des pouvoirs entre organes sociétaires, du statut des associés ainsi que dans les rapports avec les tiers.

Pourquoi est-ce que l'institution d'une société, qui se fait par « deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »⁹⁸, intéresse l'Etat français à tel point qu'il intervient pour réglementer impérativement sa vie, dès sa naissance jusqu'à sa mort y compris son activité au cours de la vie sociétaire ?

⁹⁷ B. Oppetit, Les tendances actuelles du droit français des sociétés, *Bull. Soc. legisl. comme., Journées franco-bulgares (1989)*, 1989, p. 105 et s.

⁹⁸ C. Civ., art. 1832, définition de la société.

Il existe en effet plusieurs objectifs qui animent l'ordre public en matière sociétaire. Selon M. Cohen, il s'agit souvent de la protection de l'intérêt général à travers un ordre public de direction, ou de la défense d'intérêts catégoriels par le biais d'un ordre public de protection.

L'ordre public de direction poursuit une certaine direction de l'économie nationale dans la sphère des sociétés. Si on se demande toujours quelle serait la corrélation entre l'institution d'une société - faite généralement par la volonté et dans le seul intérêt de ses associés- et l'intérêt général, la démonstration de B. Oppetit⁹⁹ reprise par M. Cohen¹⁰⁰ dans son ouvrage sur l'arbitrage et les sociétés nous rapporte la démonstration. Selon lesdits auteurs, la recherche de la direction de l'économie nationale à travers la réglementation des sociétés s'explique par deux facteurs complémentaires: « une méfiance traditionnelle de l'Etat à l'égard des pouvoirs privés économiques, et l'idée répandue au niveau des pouvoirs politiques que l'entreprise, et notamment la société, par son activité dans la vie économique et sociale du pays concoure à la réalisation de l'intérêt général, et qu'il appartient dès lors à l'Etat de faire coïncider l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt général ». C'est ainsi que l'Etat intervient par le biais d'une réglementation impératives dans le droit des sociétés pour réaliser son dirigisme économique; il essaiera d'aligner l'intérêt privé de la société personne morale, qui sous-tend les intérêts privés de ses associés, avec l'intérêt général. Sa mise en oeuvre se fait, selon B. Oppetit, par quatre types de mesures, à savoir: les sanctions pénales, les responsabilités des dirigeants, l'accroissement des contrôles sur la gestion des sociétés, et la participation du droit fiscal.

Quant à l'ordre public de protection, il se manifeste par des dispositions impératives protectrices pour prendre en compte de multiples intérêts catégoriels.

Au premier rang de ces intérêts apparaît celui des actionnaires, notamment les minoritaires, par la possibilité de demander la nomination de mandataires de justice et le droit d'obtenir de très larges informations de la part de la société. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser sur ce point, qu'il existe un ordre juridique international « sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux »¹⁰¹.

L'ordre public de protection vise à protéger également les épargnants, par la législation contraignante relative à l'émission et au placement des titres, ainsi que les tiers contractant avec la société, et ceci par le biais de l'inopposabilité des limitations statutaires des pouvoirs des dirigeants sociaux et par la restriction des cas de nullité des sociétés. Les salariés constituent à

⁹⁹ B. Oppetit, Les tendances actuelles du droit français des sociétés, art. préc. pp. 106-107.

¹⁰⁰ D. Cohen, *op.cit.*, p. 104 n° 226.

¹⁰¹ Paris, 1ère Ch. A, 3 oct. 1984, *Banque Ottomane, Clunet*, 1986.156, note B. Goldman.

leur tour une catégorie protégée par l'ordre public. Qu'ils agissent à titre individuel ou collectif, leur rôle est de plus en plus accrue dans la vie de l'entreprise et le législateur leur prévoit davantage des dispositions protectrices et des outils de participation dans la société.

L'ordre public est par conséquent très vivant dans le domaine sociétaire. Qu'il poursuive un but de direction dans l'intérêt général ou qu'il poursuive la protection de l'intérêt de certaines catégories au sein de la société, il a tendance à exister partout.

Paradoxalement, apparaît en droit français une tendance diamétralement opposée à celle-ci: c'est la tendance de déréglementation qui tend à l'effacement de l'ordre public.

II. La tendance à l'effacement de l'ordre public

Cette tendance ne signifie pas la disparition de la réglementation, mais plutôt un changement de technique. Comme le décrit parfaitement M. Cohen, « la déréglementation débouche sur le remplacement de règles étatiques souvent d'ordre public par des règles plus souples et une plus grande place accordée au droit conventionnel ou professionnel »¹⁰².

Le changement de technique consiste à prendre plus en compte les conventions passées entre les associés et les tiers dans leur participation à la vie sociale. Désormais, le juge n'annule plus systématiquement de telles conventions alors même qu'elles sont conclues dans des domaines généralement reconnus comme d'ordre public.

L'ordre public sociétaire est une notion, comme l'ordre public tout court, « fuyante », « à géométrie variable » et difficile à cerner avec précision. La diversité de ses sources impliquant la variabilité de son contenu explique pourquoi l'ordre public est traversé par des mouvements contradictoires d'omniprésence et d'effacement; si relatif, il est loin de fonder un obstacle à l'arbitrage en matière de société. Il est insuffisant pour empêcher de façon général le recours à l'arbitrage.

La relativité de l'ordre public sociétaire a permis à « la faveur à l'arbitrage » de s'élargir particulièrement en droit des sociétés. La matière s'est ainsi largement ouverte à l'arbitrage entraînant le déplacement de l'ordre public de la convention au stade de la sentence.

§ 2- Les incidences de la relativité de l'ordre public: l'ouverture de la matière à l'arbitrage et le déplacement de l'ordre public

¹⁰² D. Cohen, *op.cit.*, p. 106 n° 228.

S'agissant de l'arbitrabilité *stricto sensu*, le droit des sociétés est l'exemple d'un libéralisme croissant. L'arbitrabilité en la matière est désormais largement admise ¹⁰³.

Nous avons vu se développer dans la jurisprudence un mouvement d'extension de l'arbitrabilité des litiges même pour les matières intéressant l'ordre public. Pourtant, ce libéralisme n'empêche pas tout contrôle.

Alors qu'on ne contrôle plus l'ordre public en empêchant, de *prime abord*, le recours à l'arbitrage, on le contrôle au stade de la sentence arbitrale. Il compte désormais que l'arbitre respecte l'ordre public dans la sentence qu'il rend.

Ce déplacement offre aux parties l'avantage d'une liberté de recours à l'arbitrage, mais laisse entière la question de la validité de la sentence arbitrale. Certes, l'arbitre, même s'il n'a pas un ordre juridique à préserver, peut comme tout autre juge civil, rendre des sentences conformes à l'ordre public international, ou dont la portée est protectrice d'une partie faible. Reste à contrôler la conformité de sa sentence à l'ordre public par la juridiction étatique compétente.

Nous verrons comment la jurisprudence française a progressivement ouvert les portes à l'arbitrage en droit des sociétés, que ce soit pour les conflits relatifs aux associés (A) ou pour ceux relatifs aux organes sociaux (B), tout en maintenant un contrôle ultérieur de l'ordre public au stade de la sentence.

A. Dans les conflits relatifs aux associés

Alors même que l'ordre public touche largement le statut des associés, la possibilité de recourir à l'arbitrage pour des questions qui y sont relatives n'a pas été remise en question, notamment pour le droit de rester dans la société, le droit de vote, la participation aux bénéfices et aux pertes, etc.

De la même façon, la jurisprudence a reconnu la possibilité de recourir à l'arbitrage pour les litiges relatifs à l'exclusion d'un associé, alors même que cette exclusion porte atteinte au droit fondamental de tout associé de rester au sein de la société dont il fait partie, et de ce fait, se rapporte de près à l'ordre public. La cour d'appel de Paris ¹⁰⁴ a affirmé, il y a longtemps, l'incompétence des juridictions étatiques à connaître d'un litige opposant une société anonyme à un actionnaire ayant fait l'objet d'une mesure d'exclusion de la société en présence d'une clause compromissoire dans les statuts.

¹⁰³ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc. n° 110 et 111.

¹⁰⁴ CA Paris, 3^e ch., 17 janvier 1977 (*S.a.p.c c/ Cep Color*) Jurisdata n° 52; CA Paris, 6 janv. 1984, *Rev. arb.* 1985, p. 279.

Par conséquent, l'arbitre s'est reconnu le pouvoir de statuer sur un litige relatif à l'exclusion d'un associé; l'implication de l'ordre public en la matière ne lui empêche pas de le faire, seul le résultat de la procédure entamée devant lui sera soumis à un contrôle éventuel. Voilà comment se manifeste le déplacement de l'ordre public.

Cette solution devrait en principe, selon M. Cohen, être étendue aux litiges relatifs aux conventions de vote: le droit français ne répond pas directement à la question de l'arbitrabilité de tels litiges en raison de l'implication de l'ordre public dans le droit de vote. D'après M. Cohen, "il est nécessaire de reconnaître à l'arbitre la possibilité d'être valablement saisi de litiges relatifs à des conventions de vote, qu'il lui soit demandé de condamner une partie qui aurait failli à ses engagements, ou de prononcer la nullité de la convention arguée d'illicéité".¹⁰⁵ L'exigence du respect de l'ordre public ne disparaît pas du seul fait de l'arbitrabilité du litige comme on l'avait précisé, car l'arbitre reste tenu de respecter l'ordre public en veillant à la bonne application des solutions telles qu'elles se dégagent du droit positif; le contrôle ultérieur de la sentence vient garantir cela. Une solution analogue a été admise en droit comparé, notamment en droit américain et en droit belge.

Quant aux litiges relatifs aux clauses léonines, les auteurs¹⁰⁶ avancent souvent l'exemple d'une jurisprudence de la cour d'appel¹⁰⁷ pour confirmer l'arbitrabilité desdits litiges. Mais en effet, la jurisprudence française n'a pas été saisie pour se prononcer sur leur arbitrabilité *stricto sensu*. Selon M. Cohen, « on peut penser toutefois que si elle l'avait été, le litige restait tout autant arbitral »¹⁰⁸; il estime alors que la jurisprudence de la cour de cassation concernant la prohibition de ces clauses dans les conventions extra-statutaires « ne doit pouvoir intervenir que lors du contrôle de la sentence ». Par conséquent, le doute subsistant autour de la licéité des clauses léonines ne devrait pas en principe empêcher leur arbitrabilité, dès lors que la sentence reste sujette à un contrôle ultérieur par voie d'exequatur ou par voies de recours.

L'ouverture de la matière à l'arbitrage s'est faite également pour les litiges concernant les conflits relatifs aux organes sociaux.

B. Dans les conflits relatifs aux organes sociaux

Le statut des organes sociaux intéresse largement la loi, notamment au sein de la société anonyme. Se pose donc la question de recourir à l'arbitrage en ce qui concerne ces litiges.

¹⁰⁵ D. Cohen, *op.cit.*, p. 125 n° 266.

¹⁰⁶ E. Loquin, *op. cit.*, n° 60 et s.

¹⁰⁷ CA Paris, 9 juin 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 497, note M. Vasseur.

¹⁰⁸ D. Cohen, *op.cit.*, p. 126 n° 267.

La libre révocabilité des administrateurs est un principe d'ordre public pour la société anonyme, mais cela n'empêche pas non plus le recours à l'arbitrage pour les litiges qui y sont relatifs. La cour de cassation¹⁰⁹, dans les rares occasions qu'elle a eu pour statuer sur ce point, n'a pas interdit l'arbitre de statuer sur la validité d'une convention pourtant contestée comme contraire au principe de la libre révocabilité des administrateurs. Ce qui a été interdit à l'arbitre c'est justement, la violation de l'ordre public. Nous remarquons donc, là encore, le déplacement du contrôle de l'ordre public vers la sentence arbitrale.

Même l'exercice de l'action sociale *ut singuli* à l'encontre des dirigeants sociaux a été reconnu e arbitrable¹¹⁰.

Cependant, certains litiges sociétaires n'ont pas été pris facilement par cette vague de libéralisme; ils ont résisté à s'ouvrir à l'arbitrage jusqu'assez récemment. Il s'agit en particulier des litiges relatifs à la disparition de la société, à savoir, la dissolution et la nullité. Ces litiges sont traditionnellement conçus comme des mesures « graves » à l'égard de la société, et de ce fait, ne peuvent pas être prononcées par un arbitre.

Les motivations de ces restrictions sont diverses, mêlées entre « gravité » des mesures, implication de l'ordre public et l'intérêt des tiers. Elles ont pour commun de se rattacher toutes à une conception ancienne-largement dépassée aujourd'hui- selon laquelle l'arbitre ne pourra pas protéger l'ordre public ni l'intérêt des tiers.

Il nous paraît pertinent d'examiner les motifs de la résistance faite par ces deux domaines sociétaires contre l'ouverture à l'arbitrage, ainsi que les critiques qu'elles ont subies menant finalement à leur dépassement.

Section 2- La résistance, aujourd'hui dépassée, de certains litiges sociétaires à l'arbitrage

Il s'agit principalement, comme nous l'avons déjà mentionné, des litiges relatifs à la disparition de la société : la dissolution (§1) et la nullité (§2).

¹⁰⁹ Soc., 5 nov. 1984, *J.C.P.*, ed. C.I, 1986.II.14631, note N.S.

¹¹⁰ CA Paris, 7 oct. 2014, *Rev. arb.* 2015, p. 528, note Couret.

§ 1- La dissolution

L'arbitrabilité de la dissolution d'une société a été discutée dans un premier temps, et refusée par plusieurs décisions. Celles-ci ont été critiquées par la suite et la tendance majoritaire de l'ouverture de l'arbitrage l'a emportée sur le refus de l'arbitrage même en matière de dissolution.

A. Le refus de l'arbitrage:

L'argument avancé pour soutenir l'inarbitrabilité de la dissolution des sociétés est celui de l'ordre public. La dissolution de la société intéresse l'ordre public par ses motifs ainsi que par ses effets à l'égard des tiers.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur l'arbitrabilité de la dissolution pour divers motifs, notamment pour la mort de l'un des deux associés, le manquement de l'un des associés à ses engagements, pour juste motif et la dissolution par renonciation unilatérale.

Le point de départ de la jurisprudence était dans l'arrêt de la Cour d'appel de Douai¹¹¹ qui a décidé que la contestation relative à la dissolution d'une société en nom collectif à la mort de l'un des deux associés relève de l'ordre public et ne peut par conséquent être soumise à l'arbitrage.

Puis par un arrêt de la cour de cassation¹¹², celle-ci a rejeté le pourvoi intenté contre la décision de la cour d'appel en énonçant que « l'article 1871 du code civil qui autorise la dissolution d'une société pour manquement d'un associé à ses engagements étant d'ordre public, aucune convention ne peut mettre obstacle aux tribunaux de prononcer la dissolution ».

Enfin, par un jugement du tribunal de commerce de la Seine¹¹³, où il s'agissait d'une dissolution par renonciation unilatérale d'une société à durée indéterminée (motif qui n'existe plus pour cette société) le tribunal décide que, dès lors qu'une telle renonciation est d'ordre public, les actions qui y sont relatives ne peuvent être soumises à l'arbitrage en vertu d'une clause compromissoire insérée dans les statuts.

Ce refus a été remis en cause par la doctrine, notamment par M.Cohen qui a contesté la « fausse constatation » dégagée par la cour de cassation.

B. la critique du refus:

Ce n'est pas la règle appliquée par les arrêts cités qui est contestée; il est indiscutable que le droit d'un associé de demander la dissolution d'une société est d'ordre public. La cour de cassation l'a confirmé depuis 1912¹¹⁴.

¹¹¹ CA Douai, 8 juillet 1955, *Rev. arb.*, 1956.50.

¹¹² Civ., Sect. com., 26 Mai 1961, *Moatti/Gozlan*, *Bull. civ.* III, n 239, p. 207.

¹¹³ T. Com. La seine, 10 avril 1964, *Simon c/ Mouradyan et Ste Cargo Maritime*, *Rev.soc.*, 1964.320.

¹¹⁴ Civ., 3 janv. 1912, S., 1912.1.489, note Lyon-Caen.

C'est la conclusion tirée par cette jurisprudence faisant obstacle à l'arbitrage en la matière, qui a été critiquée comme « fausse constatation », dès lors que « la convention d'arbitrage n'a pas pour effet de priver, ni même de restreindre, le droit individuel de tout associé ou de forcer celui-ci à y renoncer par avance: elle organise simplement un recours devant les arbitres plutôt que devant des juges, et laisse l'associé libre d'obtenir la dissolution par sentence arbitrale »¹¹⁵.

La critique d'une telle constatation, assimilant le choix de l'arbitrage à une renonciation antérieure par l'associé à son droit de demander la dissolution, a animé un courant jurisprudentiel contradictoire. Parallèlement au courant militant pour l'inarbitrabilité des litiges de dissolution de la société, un autre courant jurisprudentiel admettait la possibilité du recours à l'arbitrage pour les mêmes litiges.

Nous citons deux arrêts remarquables des juges du fonds dans ce sens. Très tôt dès 1930, dans un arrêt de la cour d'appel de Nancy¹¹⁶, les juges du fond avaient décidé que la clause compromissoire faisait « la loi des parties » et imposait la compétence exclusive des arbitres, et qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public dès lors que les associés ne renonçaient pas à leur droit de demander la dissolution.

Dans un autre arrêt, la cour d'appel de Douai¹¹⁷ adopte une solution analogue pour une société à responsabilité limitée. Cette solution a été reprise ultérieurement par plusieurs arrêts de la cour d'appel¹¹⁸.

À l'étude de la motivation des juges statuant en faveur de l'arbitrage, M. Cohen¹¹⁹ nous fait remarquer trois temps dans leur analyse:

D'abord, les juges commencent par vérifier qu'il existe un véritable litige à trancher entre les associés, « la dissolution supposant que les conditions juridiques nécessaires pour qu'elle survienne soient réunies, il y a une contestation qui doit être tranchée ».

Ensuite, ils procèdent à l'analyse de la clause compromissoire et s'assurent que celle-ci est rédigée en des termes assez généraux pour qu'elle vise tous les litiges relatifs à la société, y compris sa dissolution.

Enfin, ils vérifient qu'aucune atteinte n'est portée à l'ordre public par le recours aux arbitres pour l'action en dissolution. Ceux-ci sont donc compétents pour prononcer la dissolution d'une société.

La même solution a été réitérée par la jurisprudence de la cour de cassation, notamment dans l'arrêt remarquable ralliant la cour définitivement à la thèse de l'acceptation de l'arbitrage¹²⁰, reprenant la motivation des juges du fond selon laquelle la clause compromissoire en question n'apportait aucune renonciation ou restriction au droit des associés d'intenter une action en dissolution.

¹¹⁵ J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, *sociétés commerciales*, Dalloz, T.1 (1972), n° 558 et T. 2 (1974) n° 1138.

¹¹⁶ CA Nancy, 10 nov. 1930 (*P. Faucheur c/ L. Faucheur*) S., 1931.2.92.

¹¹⁷ CA Douai, 2è Ch., 12 juillet 1951, *Caulliez*, J.C.P., 1952.II.7150 (3è esp.) note D.B.

¹¹⁸ CA Paris, 22 mars 1991, *Rev. arb.* 1992, p. 652, obs. D. Cohen.

¹¹⁹ D. Cohen, *op.cit.*, p. 137 n° 286.

¹²⁰ Com., 30 janv. 1967, *Veuve Lemaitre c/ Deshayes et autres*, D., 1968.320.

Un autre argument de refus de l'arbitrabilité en matière de dissolution -aujourd'hui dépassé-, corolaire à celui de l'ordre public est la compétence exclusive. Les auteurs analysaient les textes¹²¹ comme interdisant expressément l'arbitrage en la matière parce qu'ils prévoient que la dissolution judiciaire, pour quelque cause que ce soit, est de la compétence du tribunal de commerce. Ils contestent par la suite la possibilité de recourir à l'arbitrage pour dissolution de la société, prohibée par la compétence exclusive au tribunal de commerce.

Selon Yves Guyon, la solution dégagée par la jurisprudence en la matière "paraît devoir être remise en cause dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions"¹²² par les textes précités. M. Merle partage la même opinion: selon lui, « ces deux textes paraissent interdire désormais le prononcé d'une dissolution par voie de sentence arbitrale »¹²³.

Ressurgit donc le débat sur la portée d'une compétence exclusive prévue par le législateur: est-ce qu'elle vise à empêcher l'arbitrage en matière de dissolution des sociétés, particulièrement pour les sociétés limitées et les sociétés par actions, ou bien elle vise purement et simplement à mettre en oeuvre, au sein de l'ordre juridictionnel, une bonne administration de la justice?

Les commentateurs du texte des droits des sociétés ont défendu la seconde alternative de l'option dans ce cas-là, « faisant remarquer que les auteurs du décret avaient voulu marquer très explicitement que la compétence ne revient pas au juge des référés commerciaux (...) mais au tribunal lui-même »¹²⁴. La raison pour laquelle on voulait centraliser exclusivement le contentieux entre les mains du tribunal commercial est justifiée par la « gravité de la mesure sollicitée »¹²⁵.

Depuis le décret du 2 janvier 1968, la question ne se pose plus, le tribunal de commerce n'est plus de par les textes le « seul » compétent mais simplement « compétent ».

Désormais, la solution est incontestablement l'arbitrabilité des litiges relatifs à la dissolution d'une société, l'ordre public n'est pas, à *prima facie*, atteint par l'intervention de l'arbitre en la matière. Mais n'oublions pas que par l'effet du déplacement de l'ordre public, l'arbitre demeure tenu de respecter l'ordre public dans la sentence qu'il rend; la portée de son intervention dépend du motif de la dissolution: quand il s'agit d'une dissolution prononcée en application du pacte social ou d'une dissolution prononcée par l'assemblée, l'arbitre serait en violation de l'ordre public s'il intervient pour modifier cette décision. Par contre, il pourrait agir si l'existence des conditions de dissolution est précisément contestée. Son champ d'action est d'autant plus considérable quand la demande de la dissolution se fait pour justes motifs en vertu de l'article 1844-7, 5^o du code civil car dans ce cas il dispose d'un large pouvoir d'appréciation de la suffisance de ces motifs.

¹²¹ D. 23 Mars 1967, art. 51 et 198.

¹²² Y. Guyon, *Droit des affaires*, T.1: Droit commercial général et sociétés, 5^e éd., Economica, 1986, n°207 (la question a disparu dans les éditions suivantes).

¹²³ Ph. Merle, *Sociétés commerciales*, 3^e éd., Dalloz, 1992, n° 114, note 7.

¹²⁴ D. Cohen, *op.cit.*, p. 139 n° 287.

¹²⁵ J. Hémar, F. Terré et P Mabilat, *op. cit.*, t.2, n° 1155.

Qu'en est-il de la seconde cause de disparition des sociétés, la nullité?

§ 2- La nullité de la société

Pendant longtemps, il a été jugé que les actions en nullité des sociétés étaient inarbitrables. L'argument principalement avancé pour justifier l'inarbitrabilité de la matière est la protection de l'intérêt des tiers. Cependant, suite aux critiques de cet argument par la doctrine au motif que « la nullité de la société n'est que très peu susceptible de porter atteinte aux intérêts des tiers »¹²⁶, la jurisprudence a évolué dans un sens de faveur à l'arbitrage en la matière. La majorité de la doctrine, à son tour, défend avec fermeté l'arbitrabilité des actions en nullité des sociétés.

Nous verrons d'abord les motifs du refus de l'arbitrage en matière de nullité (A) pour exposer ensuite les critiques qu'a subit ce refus (B) en vue d'apprécier le changement de position de la jurisprudence devenue plutôt favorable à l'arbitrage en la matière (C).

A. Le refus traditionnel de l'arbitrage

La nullité de la société semblait être la « limite infranchissable de l'arbitrage sociétaire »¹²⁷. Depuis les années cinquante, la jurisprudence est fréquemment interrogée sur la question, répondant par un refus systématique de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la nullité des sociétés. Dans un grand nombre d'arrêtés¹²⁸, la compétence des arbitres était refusée en raison de la portée de la clause compromissoire, contestée comme ne couvrant pas les litiges relatifs à « l'existence ou la validité du pacte social ».

Une motivation différente apparaît dans d'autres séries d'arrêtés¹²⁹, rattachée de plus près à la notion de l'arbitrabilité *stricto sensu*. C'est la justification utilisée par les juridictions de fond comme par la cour de cassation selon laquelle l'action intentée pour nullité d'une société « mettrait en cause la validité même de la clause compromissoire contenue dans les statuts et devrait de ce fait être soumise aux juridictions de droit commun seules compétentes pour en connaître »¹³⁰.

Réapparaît de nouveau la question relative à la pertinence du caractère exclusif de la compétence des tribunaux étatiques, mais cette fois-ci il s'agit d'un « caractère d'ordre public exclusif de l'arbitrage ». C'est ainsi que dans l'arrêt *Metz*¹³¹ les tribunaux étatiques ont été reconnus seuls compétents pour

¹²⁶ D. Cohen, *op.cit.*, n°294 et s. et n°302.

¹²⁷ D. Cohen, *op.cit.*, n°292 et s.

¹²⁸ À titre d'exemple, T.G.I Paris, 1ère ch., 13 mars 1974, *Schneider c/ Marine-Firminy*, *Rev. Soc.*, 1974.685 (1ère esp.), note B. Oppetit, c'est la rédaction restrictive de la clause qui est invoquée.

¹²⁹ Trib. civ., 11 juillet 1951, *Metz*, préc.; CA Douai 8 juillet 1955 préc.; Com Oct. 1957.

¹³⁰ D. Cohen, *op.cit.*, n°293 et s.

¹³¹ Trib. civ., 11 juillet 1951, *Metz*, préc.

une action en nullité, pour défaut de libération intégrale des parts sociales d'une société à responsabilité limitée.

En effet, une compétence exclusive des tribunaux de l'Etat du siège de la société a également été employée par Bruxelles I Bis dans l'article 24¹³², notamment pour les litiges relatifs à la nullité et la dissolution d'une société. Probablement, une telle compétence est rendue exclusive à cause de la gravité de la mesure à prendre. Pourtant, elle ne pose pas aujourd'hui de débat autour de l'arbitrabilité des litiges; le Règlement Bruxelles I Bis ayant exclu expressément l'arbitrage de son champ d'application, vise à répartir la compétence entre tribunaux étatiques.

En tout état de cause, l'arbitrabilité des litiges de nullité de la société est aujourd'hui bien affirmée. Quels que soient les motifs du refus de l'arbitrabilité du litige de la nullité, et autant qu'ils sont démultipliés, le refus est unanime et correspond à une constante de la jurisprudence française. Cette position est critiquée par une partie de la doctrine, et apparaît désormais étrange au regard du droit comparé¹³³.

B. Les critiques du refus

Les auteurs qui remettent en cause le refus de l'arbitrage en matière de nullité des sociétés, notamment M. Cohen, critiquent les fondements utilisés pour justifier ce refus qu'ils soient d'ordre factuel ou juridique.

Quant aux justifications factuelles, des considérations d'espèces ont été avancées par la jurisprudence pour justifier le refus de l'arbitrage en matière de nullité. Ces arguments limitent considérablement, de par leur nature, la portée du refus.

Il s'agit de l'argument selon lequel l'arbitrage n'est pas possible parce que la nullité n'était pas visée par la clause compromissoire en question. Cet argument ne constitue pas un refus de principe; le litige n'est inarbitrable que parce qu'en l'espèce particulièrement, la clause compromissoire ne comprend pas la nullité.

Nous vient à l'esprit la distinction faite par M. Seraglini selon laquelle il y a différence entre: « la possibilité de conclure une clause compromissoire pour des litiges relatifs à une société, qui concerne le domaine de validité de cette clause » et « la possibilité générale de recourir à l'arbitrage en droit des sociétés, soit l'arbitrabilité au sens strict du droit des sociétés ». ¹³⁴

¹³² Article 24 Bruxelles I Bis: "Sont seules compétentes les juridictions ci-après d'un État membre, sans considération de domicile des parties:(...) 2) en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales, ou de validité des décisions de leurs organes, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel celles-ci ont leur siège. Pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé".

¹³³ Les droits suédois, suisse, américain, brésilien ...

¹³⁴ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc. n° 140.

Pour le domaine de validité de la clause compromissoire, il suffit désormais¹³⁵ que le litige soit « relatif » à la société pour que la clause compromissoire stipulée dans un contrat soit valable.

Cette distinction est révélatrice de ce qu'il faut apprécier en étudiant l'arbitrabilité au sens strict.

Ce n'est pas la possibilité de conclure une clause compromissoire, ni, à *fortiori*, la portée d'une clause compromissoire; il faut par contre examiner la possibilité générale du recours à l'arbitrage.

Certes, la portée de la clause compromissoire est variable; elle dépendra, selon l'espèce, de la rédaction de ladite clause. Pourtant, le libellé de la clause, aussi restrictif qu'il soit, ne justifie pas la systématisation d'une inarbitrabilité des litiges de nullité de la société.

D'autres arguments factuels ont également été employés par la jurisprudence pour empêcher l'arbitrage, comme par exemple, le fait que l'arbitre avait été le rédacteur de l'acte de la société dont on demande la nullité, ou qu'il avait été le conseil de l'une des parties en litige.

Ces arguments factuels ne suffisent donc pas à généraliser une inarbitrabilité en la matière;

Les arguments juridiques quant à eux sont également contestables, ils ne remportent pas non plus la conviction de la doctrine contemporaine.

Deux arguments principaux ont été avancés pour justifier le refus de l'arbitrage en matière de nullité, mais dont la portée s'est considérablement réduite avec le temps.

Le premier est celui de l'impossibilité pour l'arbitre de statuer sur la validité de son investiture; cette question est désormais tranchée et le débat y relatif est dépassé¹³⁶. L'argument devenu historique, il est incontestable aujourd'hui en droit français de l'arbitrage interne et international que l'arbitre est compétent pour statuer sur sa propre compétence.

Le deuxième argument est la nécessité de recourir aux tribunaux de droit commun du fait que l'ordre public est intéressé; l'ordre public est dans ce litige particulièrement animé par l'intérêt des tiers.

Il serait important dans ce cas de distinguer entre les dispositions simplement impératives, et les dispositions d'ordre public. Pour les premières, elles peuvent ne viser que les associés.

En outre, même si on considère que le droit pour un associé de demander la nullité est un droit d'ordre public dès lors qu'il ne peut pas en être privé ni renoncer à son exercice, cela ne signifie pas que l'arbitrage doit être prohibé. Cette conception selon laquelle la conclusion d'une clause compromissoire ou d'un compromis emporte automatiquement la renonciation à l'exercice de ses droits, ou bien que la saisine par une partie d'un arbitre lui offre moins de garanties que la saisine

¹³⁵ Modification résultant de la loi NRE du 15 mai 2015.

¹³⁶ V. *supra* p. 4.

d'un juge étatique, est largement dépassée aujourd'hui¹³⁷. Le dépassement de ces conceptions l'a emporté sur le refus de l'arbitrage en matière de dissolution; on comprend mal donc pourquoi ce n'est pas le cas en matière de nullité.

Quant à l'intérêt des tiers en particulier, ceux qui ont contracté avec la société sont nécessairement intéressés par la validité de celle-ci, mais qu'est ce qui nuit aux tiers par le fait de trancher la validité d'une société par des arbitres?

Selon J. Robert « les tiers, qui ont contracté avec la société ou qui vont être amenés à le faire, sont intéressés à la validité de celle-ci et du respect des règles stipulées à peine de nullité. Dès lors, il ne saurait être question de remettre à un tribunal privé que constituent les arbitres le soin de faire trancher la validité de la société »¹³⁸.

Or, les auteurs plus récents ont montré que l'arbitrage ne nuit pas par lui-même à l'intérêt des tiers, puisque d'une part, ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité de la société à l'égard des tiers de bonne foi¹³⁹; la nullité, si elle a été prononcée par l'arbitre, leur sera inopposable. Il ne faut pas oublier que la sentence arbitrale, tout comme le jugement, a une autorité relative de la chose jugée. Ainsi, dans le cas où la sentence arbitrale ne prononce pas la nullité de la société, les tiers pourront toujours exercer l'action en nullité devant les juridictions étatiques. Ils pourraient même l'introduire devant le tribunal arbitral mais en vertu d'une nouvelle convention d'arbitrage à laquelle ils seront parties.

Dans le cas contraire où la sentence arbitrale prononce la nullité, ils pourront toujours exercer une tierce opposition¹⁴⁰.

D'autre part, les tiers n'ont pas non plus à craindre l'intervention de l'arbitre dès lors que celui-ci est un juge qui doit respecter les dispositions de la loi¹⁴¹. Sa sentence sera ultérieurement contrôlée et devra respecter l'ordre public.

En tout état de cause, l'argument de l'intérêt des tiers est davantage moins convaincant au regard du régime des nullités du droit français des sociétés (à le supposer applicable) tel qu'il a été modifié par la loi de 1966, devenu protecteur des intérêts des tiers par le biais de plusieurs règles, notamment, la limitation des cas de nullité, prescription courte, régulation possible sauf objet illicite, etc.

¹³⁷ V. *supra* p. 20.

¹³⁸ J. Robert, *Arbitrage civil et commercial*, T. 1 3^e éd., Sirey, 1961, n° 99.

¹³⁹ D. Cohen, *op.cit.*, n°293 et s.

¹⁴⁰ CPC, art. 1501.

¹⁴¹ E. Scholastique, *Arbitrage et droit des sociétés*, Dr. et patrimoine juin 2002, n° 105, p. 61.

Par conséquent, les auteurs ayant critiqué ce refus mal-justifié de l'arbitrage en matière de nullité ont préconisé qu'il soit permis à l'arbitre de statuer sur la nullité des sociétés; rien dans le code ne dit que la compétence du tribunal de commerce est exclusive en la matière, et de plus, ce qui a été admis pour la dissolution devrait, par analogie, l'être pour la nullité.

Aujourd'hui, il n'y a plus d'intérêt théorique à défendre cette question car c'est l'orientation de la législation française et de la jurisprudence récente.

C. Le changement de position: l'admission de l'arbitrage en matière de nullité des sociétés

La doctrine majoritaire admet désormais qu'un arbitre pourrait statuer valablement dans le cadre d'une action en nullité d'une société.

Au départ, l'arrêt *Toulousy* de la cour de cassation l'a implicitement admis¹⁴². Dans cet arrêt, la cour de cassation a laissé la clause compromissoire jouer, à condition que l'arbitre mette en œuvre les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation. Il paraît s'induire de cette décision que l'arbitre, du fait qu'il lui appartient de mettre en œuvre les règles impératives relatives à la nullité de la société, peut prononcer la nullité de celle-ci¹⁴³.

Cette décision a été par la suite confirmée et précisée par un autre arrêt de la Cour de cassation¹⁴⁴ et deux arrêts de la Cour d'appel de Paris¹⁴⁵.

L'avantage pratique d'une telle solution est clairement de déjouer les manoeuvres dilatoires de la partie qui invoque artificiellement la nullité de la société.

Pourtant, il ne faut pas laisser la *favor arbitrandum* se développer sans limite, notamment sur le terrain des nullités des sociétés. Il faut se rattacher toujours au contrôle ultérieur de la sentence arbitrale, et que ce contrôle soit efficace.

Cet équilibre est préconisé par Bastian; il l'exprime dans cette formule "la volonté des parties de recourir à des juges privés doit être dans la mesure du possible respectée, et c'est seulement quand des considérations impérieuses s'y opposent qu'elle peut être méconnue. Sans doute des dangers sont-ils susceptibles de se présenter, mais c'est à *posteriori*, au stade de l'appel (ou du recours en annulation) ou de l'ordonnance d'exequatur, que les tribunaux doivent y parer"¹⁴⁶.

En conclusion, les solutions classiques sont restrictives, peu fondées juridiquement, et gênant en pratique. L'implication de l'ordre public en matière de société n'est pas censée empêcher

¹⁴² Com., 9 avril. 2002.

¹⁴³ E. Loquin, *op. cit.*, n° 80 et s.

¹⁴⁴ Cass. civ. 1ère, 27 février 2013, 12-13912.

¹⁴⁵ CA Paris, 20 janvier et 7 avril 2015, *Rev. arb.* 2015, p. 797, note D. Cohen.

¹⁴⁶ D. Bastian, note sous Com., 17 juillet 1951, Trib. Civ. Metz, 11 juill. 1951 et Douai, 2è Ch., 12 juill. 1951, *J.C.P.*, 1952.II.7150.

l'arbitrabilité de la matière. La grande relativité de l'ordre public sociétaire « s'allie à l'avancée considérable de l'arbitrage dans les matières qui intéressent l'ordre public »¹⁴⁷. À cette avancée doit répondre la limitation de son rejet par l'ordre public sociétaire.

Pourtant, même si l'arbitre peut se saisir des litiges sociétaires alors qu'ils portent sur l'ordre public, il reste tenu de respecter celui-ci et « de ne pas se faire le complice de la violation de celui-ci par les parties ».

La question se déplace donc du terrain de l'arbitrabilité au terrain des pouvoirs de l'arbitre.

Qu'en est-il des procédures collectives qui n'évoluent pas de la même façon?

Chapitre II- Le droit des procédures collectives: l'ordre public le plus contraignant à l'égard de l'arbitrage

Les procédures collectives demeurent toujours le domaine où l'ordre public semble être le plus contraignant, contrairement à l'ordre public sociétaire très relatif et instable.

Le rôle le plus important dans le jeu de l'inarbitrabilité est, en la matière, l'attribution d'une compétence exclusive au juge de la procédure; celle-ci apparaît comme portant le triomphe de l'ordre public (Section 1).

Les procédures collectives nous offrent donc l'exemple-type d'une matière hostile à l'arbitrage, en raison de son rattachement à une compétence exclusive rigide. L'attribution d'une telle compétence rend plus difficile l'ouverture de la matière à l'arbitrage.

Pourtant, on arrive toujours à distinguer, relativement aux procédures collectives, des litiges arbitrables et des litiges non-arbitrables. Il nous faudra donc déterminer le critère ainsi que le domaine de l'arbitrabilité de la matière (Section 2).

Section 1- La compétence exclusive, triomphe de l'ordre public

Les textes du droit français déterminant le tribunal compétent en matière de faillite pour ouvrir la procédure s'insolvabilité, attribue à celui-ci une compétence exclusive en la matière.

Cette solution figure dernièrement à l'article 174 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, pris en application de la loi du 25 janvier 1985, ainsi qu'à l'article R. 662-3 du code de commerce depuis la réforme du 26 juillet 2005.

¹⁴⁷D. Cohen, *op.cit.*, p. 148 n°308.

Lesdits textes déterminent en effet la compétence matérielle du tribunal d'ouverture de la procédure, compétent pour connaître de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaire, ainsi que la faillite personnelle et les autres sanctions prévues par la loi à cet effet.

C'est la jurisprudence qui a affirmé, de manière certaine et constante, le caractère exclusif de la compétence attribuée au tribunal de la faillite « pour connaître des contestations nées de la procédure collective ou sur lesquelles cette procédure exerce une influence juridique »¹⁴⁸.

Certes, la seule attribution d'une compétence exclusive à un tribunal dans une matière déterminée ne suffit pas à conclure à l'inarbitrabilité de la matière.

Nous avons déjà abordé la question et conclu au fait que l'attribution d'une compétence exclusive pourrait avoir différents buts et significations. En matière de faillite, le but de cette attribution de compétence exclusive paraît bien être d'empêcher l'arbitrage en la matière.

Ainsi, la compétence exclusive du juge de l'ouverture de la procédure a pour effet positif de centraliser devant lui tous les litiges qui touchent à la procédure collective.

Quant à son effet négatif, elle rend incompétents tous les autres juges étatiques, ainsi que les arbitres. En ce qui concerne l'arbitrage particulièrement, l'arbitre est incompétent pour connaître des litiges relatifs à la procédure collective comme tout autre juge civil; il l'est également compte tenu de la nature conventionnelle de l'arbitrage, en tant que mode alternatif de résolution des litiges : « il est exclu que celui-ci (le juge de la procédure) soit une juridiction arbitrale, compte tenu de la base conventionnelle de l'arbitrage qui ne peut conduire qu'à un règlement décentralisé et éparpillé »¹⁴⁹.

Le fondement de l'inarbitrabilité en la matière varie d'une législation à une autre. En droit français, la restriction de l'arbitrabilité des procédures collectives est fondée sur l'ordre public.

L'ordre public des procédures collectives est commandé par l'importance des objectifs poursuivis à travers ces procédures. Il s'agit du sauvetage de l'entreprise, du maintien des emplois ainsi que du paiement des créanciers.

Ces objectifs impliquent logiquement que les litiges relatifs aux procédures collectives intéressent significativement les tiers, et particulièrement les salariés et les créanciers du débiteur concernés par la procédure, ainsi que l'Etat.

Pour toutes ces raisons, les procédures collectives sont d'ordre public; celui-ci est fortement impliqué dans la matière au point que M. J-B. Racine l'a décrit comme « l'ordre public le plus contraignant vis-à-vis de l'arbitrage ». L'implication significative de l'ordre public dans les procédures collectives, contrairement à l'ordre public extrêmement relatif du droit des sociétés, a rendu la matière généralement fermée à l'arbitrage.

¹⁴⁸ Cass. com., 8 juin 1993, JurisData n° 1993-001256 ; Bull. civ. 1993, IV, n° 233.

¹⁴⁹ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc. n° 656.

L'attribution d'une compétence exclusive semble être le meilleur véhicule pour réaliser les objectifs poursuivis par la matière, cités ci-dessus. Nous confirmons donc notre conclusion sur le débat relatif au rôle de la compétence exclusive comme obstacle à l'arbitrage, la nécessité de son attribution dans certaines matières, sinon comme fondant en elle-même une inarbitrabilité, du moins comme un moyen de mise en oeuvre plus rigide d'une restriction à l'arbitrage.

C'est ainsi que la compétence exclusive a pour effet de centraliser le contentieux entre les mains d'une seule juridiction: celle de l'ouverture de la procédure. Cette centralisation permet au tribunal d'avoir une maîtrise complète de l'organisation du sauvetage de l'entreprise en difficulté¹⁵⁰, et facilite dès lors le règlement et l'accélération des litiges touchant à la procédure¹⁵¹.

Selon l'opinion générale, « ce but – qui touche à l'intérêt général du crédit et de la sauvegarde des entreprises en difficulté – ne pourrait pas être atteint si les parties pouvaient porter leurs litiges devant une autre juridiction, qu'il s'agisse d'une juridiction étatique ou d'un tribunal arbitral »¹⁵².

C'est ce qui justifie l'exclusion de l'arbitrage pour tous les litiges faisant partie du champ de la compétence exclusive du tribunal de l'ouverture de la procédure.

Encore faut-il déterminer la portée de ce champ.

Section 2- Le domaine de l'inarbitrabilité en matière de procédures collectives

Nous venons de conclure que l'attribution d'une compétence exclusive au juge de l'ouverture de la procédure en matière de faillite a pour effet de rendre ladite matière inarbitrable. Néanmoins, tous les litiges en rapport avec le débiteur faisant l'objet d'une procédure collective ne sont pas inarbitrables. Il faudra donc distinguer entre les « litiges nés de la faillite », inarbitrables par l'effet de la compétence exclusive du juge de la procédure (§1) et les « litiges contractuels ordinaires » qui demeurent arbitrables (§2).

Cette distinction existe de tout temps par la logique des choses; elle n'exprime pas un libéralisme à l'égard de l'arbitrage. Même dans le cas de litiges contractuels arbitrables, l'existence d'une procédure collective n'est pas sans effet, elle va « perturber grandement la mise en oeuvre d'une convention d'arbitrage »¹⁵³.

¹⁵⁰ E. Loquin, *op. cit.*, n° 55.

¹⁵¹ G. Bord, *Rép. com. Dalloz*, V° Faillites [dispositif judiciaire], 2e éd., n° 231.

¹⁵² E. Loquin, *op. cit.*, citant dans ce sens P. Ancel, Arbitrage et procédures collectives, *Rev. arb.* 1983, p. 255 s. spéc., n° 24

¹⁵³ J-B. Racine, *op. cit.*, p. 179 n° 236.

§ 1- L'inarbitrabilité des litiges liés à la procédure collective

On entend par litiges liés à la procédure collective les « litiges nés de la faillite » ou les litiges sur lesquels « l'état de faillite exerce une influence juridique ».

La jurisprudence utilise à son tour le critère selon lequel « un tribunal arbitral ne peut connaître des contestations qui n'auraient pas pu prendre naissance si le débiteur n'était pas tombé en état de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire »¹⁵⁴.

Effectivement, seront inarbitrables tous les litiges qui sont nés à cause de la procédure collective, ou qui n'auront pas été nés en dehors d'une telle procédure.

Ces litiges sont inarbitrables par l'effet de leur réservation expresse au juge de l'ouverture de la procédure collective, pour toutes les raisons que nous avons déjà énoncées, et globalement pour le rattachement intime de la matière à l'ordre public.

Ainsi, *ratione materiae*, seront non-arbitrables les litiges 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.

La nullité de la convention d'arbitrage portant sur ces matières est absolue et peut être invoquée par chacune des parties à la convention d'arbitrage, par l'administrateur ou le liquidateur, et par le ministère public¹⁵⁵.

Il est important de noter que ces restrictions ne s'appliquent que si la procédure est ouverte en France, en vertu de l'article R 600-1 code de commerce selon lequel « (...) le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent code est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. À défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France ».

Ce n'est que si les critères de compétence territoriale sont vérifiés que le tribunal français serait compétent. Une fois sa compétence admise, elle est exclusive et il devra appliquer les restrictions du droit français. Les solutions admises sont presque les mêmes dans l'arbitrage interne et dans l'arbitrage international.

¹⁵⁴ Com., 19 Mai 1987, *Rev. arb.* 1988, p.144, note P. Ancel.

¹⁵⁵ P. Ancel, Arbitrage et procédure collective, *Rev. arb.*, 1983, spéc. p. 261.

Or, si la procédure est ouverte dans un Etat membre de l'Union européenne, le juge français saisi en tant que juge de siège de l'arbitrage ou de l'exequatur de la sentence arbitrale, sera obligé, en vertu du Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité du 20 Mai 2015, de tenir compte des restrictions étrangères analogues.

La mise en oeuvre du critère des litiges liés à la procédure n'est pas toujours aisé.

La Cour de cassation a par exemple admis la compétence du tribunal arbitral dès lors que la solution du litige n'était pas commandée par l'application des règles spécifiques de la faillite¹⁵⁶. Dans sa note sur l'arrêt, Ancel constate que les difficultés entre les parties nées de l'exécution du contrat antérieurement au règlement judiciaire ne mettent pas en jeu la réglementation de la procédure collective.

Dans une autre affaire, la cour d'appel d'Orléans a décidé que « l'action en comblement de l'insuffisance d'actifs exercée par le liquidateur contre des dirigeants de fait était de la compétence exclusive du tribunal de la procédure collective, même si différents contrats passés entre la personne morale mise en liquidation et les personnes poursuivies en paiement de ses dettes contenaient une clause d'arbitrage »¹⁵⁷.

Ce n'est pas le cas des litiges contractuels non liés à l'ouverture d'une procédure collective, qui, eux, demeurent arbitrables.

§ 2- L'arbitrabilité des litiges non liés à l'ouverture d'une procédure collective

M. Seraglini résume le champ des litiges arbitrables en la matière par la formule suivante: « litiges contractuels “ordinaires”, entre le débiteur faisant l'objet de la procédure collective et un tiers, et portant sur des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure collective qui se seraient présentés de la même manière dans cette procédure »¹⁵⁸.

Concrètement, il s'agit des litiges sur lesquels la procédure d'insolvabilité n'a aucune incidence parce qu'ils portent sur des faits contractuels antérieurs à la procédure, contrairement au critère de l'exclusion de l'arbitrage que nous avons examiné précédemment.

La jurisprudence exprime ce critère à sa façon, en jugeant qu'il s'agit de litiges trouvant leur cause « dans des faits ou dans des contrats antérieurs à la faillite et se serait produit de la même façon en dehors d'elle »¹⁵⁹, ou en d'autres termes, de litiges concernant « 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 »¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Cass. com., 10 janv. 1984, *Rev. arb.* 1984, p. 492, note Ancel.

¹⁵⁷ CA Orléans, 8 mars 2001, *Rev. arb.* 2003, p. 212, obs. Fouchard.

¹⁵⁸ C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, préc. n° 656 et s.

¹⁵⁹ Cass. civ., 26 avr. 1906, D. 1907, I, p. 25, note Valéry.

¹⁶⁰ Cass. com., 19 juill. 1982, *Rev. arb.* 1983, p. 321.

Pour ces litiges-la, les règles de compétence ordinaire retrouvent leur empire et la convention d'arbitrage sera valable. Elle le sera également lorsqu'elle est contenue dans des contrats conclus postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, si sa formation satisfait les conditions posées par le droit des procédures collectives¹⁶¹.

Dans tous les cas, même quand il s'agit de litiges arbitrables, l'ouverture de la procédure collective exercera une influence sur le déroulement de l'instance arbitrale. Selon une formule précitée de J-B. Racine, « le prononcé du jugement d'ouverture va venir perturber le déroulement de l'arbitrage avec une prééminence réelle du droit des entreprises en difficulté sur le droit de l'arbitrage »¹⁶². Cette prééminence est exprimée par Fouchard comme une « hiérarchisation des règles »¹⁶³ produite par la cohabitation de l'arbitrage et de la procédure collective.

M. Racine distingue selon que la procédure d'arbitrage est en cours au moment du prononcé du jugement d'ouverture ou que la procédure d'arbitrage est engagée après le prononcé d'un tel jugement.

Si on prend l'exemple d'un débiteur soumis à la procédure d'arbitrage, et en même temps défendeur dans une procédure collective, dans la première hypothèse où la procédure d'arbitrage est en cours au moment du prononcé du jugement de faillite, l'instance arbitrale sera interrompue afin que le créancier déclare sa créance.

Même après la reprise de l'instance, les pouvoirs de l'arbitre sont largement amputés. Il n'a pas le pouvoir de condamner à une somme d'argent, il doit se contenter de constater dans la sentence l'existence de la créance et de fixer son montant sous peine d'exposer sa sentence à une contrariété à l'ordre public.

En effet, le principe de la suspension des poursuites individuelles et le principe d'égalité des créanciers sont jugés des principes d'ordre public interne et international¹⁶⁴.

Dans la seconde hypothèse où l'instance arbitrale n'a pas débuté au jour de l'ouverture de la procédure collective, la mise en oeuvre de la convention d'arbitrage est « temporairement gelée »¹⁶⁵. Cela ne signifie pas que l'arbitrage est condamné, « la situation est seulement temporairement bloquée sans que soit remise en cause la compétence arbitrale »¹⁶⁶.

¹⁶¹ E. Loquin, *op. cit.*, n° 55.

¹⁶² J-B. Racine, *op. cit.*, p. 179 n° 236.

¹⁶³ Ph. Fouchard, Arbitrage et faillite, *Rev. arb.* 1998, p. 474.

¹⁶⁴ Civ. 1ère, 8 mars 1988, *Rev. arb.* 1989, p. 473, note P. Ancel; Civ. 1ère, 4 fév. 1992, *Rev. arb.* 1992, p. 663, obs. J.H. Moitry; Com, 2 juin 2004, *RTD com.* 2004, p. 439, obs. E. Loquin.

¹⁶⁵ J-B. Racine, *op. cit.*, p. 181 n° 236.

¹⁶⁶ Note P. Ancel, sous Com., 2 juin 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 591, 2è esp., p. 607, n° 18.

Concrètement, il n'est pas possible de constituer un tribunal arbitral. C'est ainsi que la jurisprudence a jugé que « le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il ne soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances »¹⁶⁷.

La compétence reste celle du tribunal arbitral mais celui-ci ne sera constitué qu'après que la créance soit déclarée et que sa régularité soit vérifiée par le juge commissaire. Là également, l'arbitre n'a pas de larges pouvoirs, il devra se contenter de constater la créance et d'en fixer le montant sans pouvoir condamner le débiteur au paiement.

En conclusion, nous constatons que la matière des procédures collectives demeure, en principe, fermée à l'arbitrage. La *favor arbitrandum* n'a pas de chances de propagation ici, contrairement au domaine des sociétés, en raison de la forte implication de l'ordre public en la matière. Même quand il s'agit de litiges arbitrables parce qu'antérieur à la procédure collective ou parce qu'ils n'y sont pas suffisamment connexes, les règles de la procédure priment sur celle de l'arbitrage.

Quant à l'attribution d'une compétence exclusive, elle joue un rôle majeur dans le domaine des faillites. C'est elle qui garantit le non-recours des parties à l'arbitrage. Si elle ne fonde pas l'inarbitrabilité en tant que telle, elle la sous-tend par le moyen qu'elle offre afin d'empêcher l'arbitrabilité de la matière. Par cet effet, elle rend beaucoup plus dur la croissance de la *favor arbitrandum* en la matière.

Conclusion

En conclusion, malgré le libéralisme marqué du droit français à l'égard de l'arbitrage international, l'étude de la matière n'est pas facile, notamment quant à ses limites.

Certes, on s'est renseigné sur les fondements majeurs avancés par le droit à chacune des limites qu'il pose vis-à-vis de l'arbitrage, mais l'établissement des critères d'inarbitrabilité demeure chaotique et fait appel à une intervention du législateur. Il est vrai que ces limites sont principalement réduites à une seule, qui n'est autre que l'ordre public international, mais la notion est elle-même vague, relative, et ambiguë, outre le fait qu'elle est en cours de rétrécissement continue dans l'arbitrage international. La réponse à la question des limites étatiques à l'arbitrage a sensiblement changé. On ne cite plus les cas d'arbitrabilité mais par contre, la formule serait ainsi: le recours à l'arbitrage international est toujours possible sous réserve de l'ordre public international. L'ordre public international n'est plus

¹⁶⁷ Com, 2 juin 2004, préc.

qu'un noyau composé de quelques matières impliquant intimement l'intérêt étatique, et rarement visant à la protection de certaines catégories d'individus.

L'attribution par l'Etat d'une compétence exclusive à ses tribunaux joue à son tour un rôle important. Dans les rares cas où elle subsiste comme une limite au recours à l'arbitrage, que nous la qualifions comme critère d'inarbitrabilité ou comme une simple exigence de procédure, elle exerce un rôle efficace dans l'empêchement du recours à l'arbitrage. De plus, elle rend automatiquement la matière à laquelle elle se rattache plus difficilement « ouvrable » à l'arbitrage.

Ensuite, l'accroissement du libéralisme en matière d'arbitrage n'est pas souhaitable par tous. Il représente pour les uns le facteur attractif du droit français pour les acteurs du commerce international, et l'avant-garde en droit comparé; pourtant, il traduit pour les autres le déclin de la puissance étatique dans le domaine de la justice.

Certes, il ne faut pas nier les avantages qu'offre le droit français assez libéral en arbitrage international ainsi que la valeur de la liberté de choix qu'il laisse aux parties, mais il n'est pas nécessaire de mener l'évolution à son extrême.

Le libéralisme accru au niveau de l'arbitrabilité des litiges devra être contre-balancé par un contrôle plus sérieux au niveau de la sentence. On ne préconise pas par ce contrôle un déclin de l'efficacité de la sentence arbitrale; on ne veut pas, à tort et à raison, remettre en cause la sentence arbitrale et les pouvoirs de l'arbitre après que la procédure ait été achevée.

On n'invite pas à planter des obstacles pour les parties sur la voie arbitrale; ce qu'on préconise par contre, c'est le respect de la volonté des parties dans le choix du mode de règlement du litige qu'elle font. Le respect de la liberté et du temps des parties appelle le législateur à une plus grande clarté et prévisibilité, notamment en ce qui concerne ce qui serait ou non arbitral. Tout cela sans négliger l'intérêt étatique qui doit toujours se manifester là où il existe véritablement.

Bibliographie

I. Textes

A- Textes français

1. Codes

- Code civil
- Code de procedure civile

2. Décrets

- D. no 58-1293, 22 déc. 1958
- D. 23 Mars 1967.

B- Règlements européens

- Bruxelles I Bis, Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

C- Conventions internationales

- Convention de New York, 1958, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

II. Ouvrages généraux

- AUDIT B. et D'AVOUT L., *Droit international privé*, 8^e éd., 2018, LGDJ.
- FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, London, Kluwer Law International 1999.
- GUYON, Y., *Droit des affaires*, T.1: Droit commercial général et sociétés, 5^e éd., Economica, 1986.
- MERLE Ph., *Sociétés commerciales*, 3^e éd., Dalloz, 1992.
- RACINE J-B., *Droit de l'arbitrage*, PUF 2016.
- ROBERT J., *Arbitrage civil et commercial*, T. 1 3^e éd., Sirey, 1961.
- SERAGLINI C. et ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso 2013.

III. Ouvrages spéciaux - Monographie- Thèses- Dictionnaires

- COHEN D., *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris 1993.
- CORNU G., Association Henri CAPITANT, vocabulaire juridique, *Acte de disposition*, PUF, coll. « Quadrige », 9^e éd. 2011.
- HÉMARD J., TERRÉ F. et MABILAT P., *sociétés commerciales*, Dalloz, T.1 (1972), T. 2 (1974).
- POUDRET J-F. et BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ 2002.
- ROBERT J. et MOREAU B., *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, Paris, Dalloz 1993, 5^e édition.
- RUBELLIN-DEVICHI J., *Essai sur la nature de l'arbitrage*, thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 1965.
- SCHOLASTIQUE E., *Arbitrage et droit des sociétés*, Dr. et patrimoine juin 2002.

IV. Notes- Articles- Chroniques

- ANCEL J-P., Travaux du comité français du DIP 1991-1993, Pedone 1993.
- ANCEL P.
 - Arbitrage et procédure collective, *Rev. arb.*, 1983.
 - Arbitrage et ordre public fiscal , *Rev. arb.* 2001.
 - note sous Com., 2 juin 2004, *Rev. arb.* 2004.
- BASTIAN D.note sous Com., 17 juillet 1951, Trib. Civ. Metz, 11 juill. 1951 et Douai, 2è Ch., 12 juill. 1951, *J.C.P.*,1952.II.7150.
- FOUCHARD Ph., Arbitrage et faillite, *Rev. arb.*
- GAILLARD E., Arbitrage commercial international – Sentence arbitrale – Contrôle étatique, JCI. Droit international 1992, Fasc. 586-10.
- HASCHER D., *Arbitrage du commerce international, Rép. intern Dalloz*, Janvier 2005.
- HONATIAU B., *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un reexamen*, JDI 1994.
- JAROSSON Ch., *L'arbitrabilité, présentation méthodologique*, RJ com. 1996.
- LOQUIN E., “Arbitrage-conventions d'arbitrage-conditions de fond-Litige arbitrable”, *J. Cl. Proc.civ.*, fasc. 1024.
- MOTULSKY H., note sous Soc., 7 fev.1958, *JCP* 1958, II, 100777.
- OPPETIT B., Les tendances actuelles du droit français des sociétés, *Bull. Soc. legisl. comme., Journées franco-bulgares (1989)*, 1989.
- SERAGLINI C., Synthèse - Arbitrage international -convention arbitrale, JCI droit international 2018.
- SINAY V-H., *La compétence exclusive*, JCP G 1958, I, 1451.

V. Jurisprudence

A. Jurisprudence juridictionnelle

1. TGI

- T. Com. La seine, 10 avril 1964, *Simon c/ Mouradyan et Ste Cargo Maritime*, *Rev.soc.*, 1964.320.
- T.G.I Paris, 1ère ch., 13 mars 1974, *Schneider c/ Marine-Firminy*, *Rev. Soc.*, 1974.685

2. Cour d'appel

- Nancy, 10 nov. 1930 (*P. Faucheur c/L. Faucheur*) *S.*, 1931.2.92.
- Douai, 2è Ch., 12 juillet 1951, *Caulliez, J.C.P*, 1952.II.7150.
- Douai, 8 juillet 1955, *Rev. arb.*, 1956.50.
- Paris, 3è ch., 17 janvier 1977 (*S.a.p.c c/ Cep Color*) *Jurisdata* n° 52.
- Paris, 9 juin 1983, *Rev. arb.* 1984.
- Paris, 6 janv. 1984, *Rev. arb.* 1985.
- Paris, 1ère Ch. A, 3 oct. 1984, *Banque Ottomane, Clunet*, 1986.156.
- Paris, 16 février 1989, *Almira Films, Rev. arb.* 1989.
- Paris, 22 mars 1991, *Rev. arb.* 1992.
- Paris, 29 Mars 1991, *Ganz, Rev. arb.* 1991.
- Colmar, 21 Sept. 1993, *Rev.arb.* 1994.
- Orléans, 8 mars 2001, *Rev. arb.* 2003
- Paris, 20 Mars 2008, *Rev. arb.* 08.341.
- Paris, 21 Janv. 2009, *rev. arb.* 2009.
- Paris, 7 oct. 2014, *Rev. arb.* 2015.
- Paris, 20 janvier et 7 avril 2015, *Rev. arb.* 2015.

3. Cour de Cassation

- Cass. civ., 26 avr. 1906, *D.* 1907, I.
- Civ., 3 janv. 1912, *S.*, 1912.1.489.
- Cass. soc., 7 févr. 1948, *Bull. civ.* 1948.
- Com., 29 nov, 1951, *Tissot, JCP* 1951, IV,5.
- Civ., Sect. com., 26 Mai 1961, *Moatti/Gožlan, Bull. civ.* III.
- Com., 30 janv. 1967, *Veuve Lemaitre c/ Deshayes et autres, D.*, 1968.320.
- Cass. com., 19 juill. 1982, *Rev. arb.* 1983.
- Cass. com., 10 janv. 1984, *Rev. arb.* 1984.
- Soc., 5 nov. 1984, *J.C.P*, ed. C.I, 1986.II.14631.
- Cass. soc. 12 fév. 1985, *Rev. arb.* 1986.
- Com., 19 Mai 1987, *Rev. arb.* 1988.
- Civ. 1ère, 8 mars 1988, *Rev. arb.* 1989.
- Cass. com., 8 juin 1993, *JurisData* n° 1993-001256 ; *Bull. civ.* 1993, IV, n° 233.

- Cass. 1ère civ. 20 déc. 1993, n°91-16828.
- Cass. 1ère civ., 21 Mai 1997, *Renault c. V 2000 (Jaguar France)*.
- Cass. 1ère civ. 5 janv. 1999, *Zanzi*, *Rev. arb.* 1999.
- Cass. soc. 16 févr. 1999 et 4 mai 1999, *Rev. arb.* 1999. 290.
- Cass. 1ère civ., 26 juin 2001, *American Bureau of Shipping*, *Rev. arb.* 01.529.
- Com, 9 Avril 2002, *Toulouse c/ Philam*, *Rev. arb.* 2003.
- Civ. 1ère, 28 janvier 2003, *RCDIP* 2003.
- Cass. 1ère civ., 30 mars 2004 , *Rev. arb.* 2005.
- Com, 2 juin 2004, *RTD com.* 2004.
- Cass.1ère civ., 8 quill. 2010, *Rev. arb.* 10.513.
- Cass. civ. 1ère, 27 février 2013, 12-13912.

B. Jurisprudence arbitrale

- Sent. CCI n° 6697 (1990), *Rev. arb.* 1992.
- Sent. CCI n° 12193 (2004), *JDI* 2007.

Table des matières

Introduction	1
Titre I - Les limites du droit français à l'arbitrage international: contours et fondements	5
Chapitre I- Questions préliminaires	6
<i>Section 1- Le principe de compétence- compétence, règle matérielle du droit français</i>	<i>6</i>
<i>Section 2 - la loi applicable à la question de l'arbitrabilité du litige</i>	<i>9</i>
<i>§ 1- La loi applicable à l'arbitrabilité devant le juge étatique</i>	<i>9</i>
<i>§ 2- La loi applicable à l'arbitrabilité devant l'arbitre</i>	<i>10</i>
Chapitre II- Les critères de l'inarbitrabilité objective: une détermination problématique	12
<i>Section 1- L'arbitrabilité objective du droit français</i>	<i>13</i>
<i>§ 1- Le réexamen des critères d'arbitrabilité du code civil: de l'arbitrage interne à l'arbitrage international</i>	<i>15</i>
A. L'indisponibilité des droits litigieux: un critère limité	17
B. L'implication de l'ordre public au fond du litige: "un critère dépassé"	21
<i>I- La mise en oeuvre de l'ordre public dans la jurisprudence française</i>	<i>22</i>
<i>II- La détermination du contenu de l'ordre public- critère d'inarbitrabilité</i>	<i>24</i>
<i>§ 2- Un seul critère retenu en arbitrage international: l'ordre public international</i>	<i>26</i>
A. Les matières inarbitrables « par nature », composante essentielle de l'ordre public	27
B. Les règles impératives de protection des parties faibles, composante peu évidente de l'ordre public	29
<i>§ 3- Bilan des critères de l'inarbitrabilité du droit français</i>	<i>31</i>
<i>Section 2- La compétence exclusive d'un juge étatique: un critère d'inarbitrabilité?</i>	<i>32</i>
<i>§1- L'attribution d'une compétence exclusive à une autorité ne concerne pas l'arbitrage</i>	<i>34</i>
<i>§2- L'effet restrictif d'une compétence exclusive à l'égard de l'arbitrage</i>	<i>35</i>
A- L'assimilation de la compétence exclusive à l'implication de l'ordre public dans la matière concernée	36
B- Les nuances à apporter à l'appréciation de la compétence exclusive	38
C- Bilan sur les liens entre la compétence exclusive et l'arbitrabilité	39
Titre II- L'incidence des critères d'arbitrabilité sur le développement de la favor arbitrandum	41
Chapitre I- L'arbitrage en droit des sociétés : l'exemple d'un libéralisme croissant	42
<i>Section 1- Le droit des sociétés: un domaine propice à l'arbitrage malgré l'implication de l'ordre public</i>	<i>42</i>
<i>§ 1- L'ordre public sociétaire incapable de fonder une interdiction à l'arbitrage</i>	<i>43</i>
A. La diversité des sources de l'ordre public sociétaire	43

B. la variabilité du contenu de l'ordre public sociétaire	44
I. La tendance à l'omniprésence de l'ordre public	44
II. La tendance à l'effacement de l'ordre public	46
§ 2- Les incidences de la relativité de l'ordre public: l'ouverture de la matière à l'arbitrage et le déplacement de l'ordre public	46
A. Dans les conflits relatifs aux associés	47
B. Dans les conflits relatifs aux organes sociaux	48
<i>Section 2- La résistance, aujourd'hui dépassée, de certains litiges sociétaires à l'arbitrage</i>	<i>49</i>
§ 1- La dissolution	50
A. Le refus de l'arbitrage:	50
B. la critique du refus:	50
§ 2- La nullité de la société	53
A. Le refus traditionnel de l'arbitrage	53
B. Les critiques du refus	54
C. Le changement de position: l'admission de l'arbitrage en matière de nullité des sociétés	57
Chapitre II- Le droit des procédures collectives: l'ordre public le plus contraignant à l'égard de l'arbitrage	58
<i>Section 1- La compétence exclusive, triomphe de l'ordre public</i>	<i>58</i>
<i>Section 2- Le domaine de l'inarbitrabilité en matière de procédures collectives</i>	<i>60</i>
§ 1- L'inarbitrabilité des litiges liés à la procédure collective	61
§ 2- L'arbitrabilité des litiges non liés à l'ouverture d'une procédure collective	62
Conclusion	64