

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

REVUE OFIS



Le Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés est fier de vous présenter :

ARBITRAGE INTERNATIONAL ET DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ **La conciliation impossible de deux amants maudits ?**



Adnan VALIBHAY

Étudiant du Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés

La pandémie de COVID-19 a créé une perturbation économique sans précédent. Nombreuses sont les entreprises qui ont éprouvé des difficultés durant cette période troublée. Dans le cadre de leurs relations commerciales avec leurs semblables, elles intègrent souvent à leurs contrats une clause compromissoire qui donne compétence à une juridiction arbitrale pour résoudre les différends qui pourraient naître de leurs rapports.

La problématique est donc celle d'une articulation entre l'arbitrage international d'une part et le droit des entreprises en difficulté d'autre part.

Quoiqu'il existe une tension pratique entre ces deux disciplines (I) qui découle de leur différence d'objectifs (II), elles n'en demeurent pas moins similaires dans leur essence philosophique (IV) et dans leur conformité à l'ordre public interne ou international (III).

L'existence d'une tension entre l'arbitrage international et le droit des entreprises en difficultés

À l'occasion d'un litige commercial entre deux entités s'étant engagées à confier la résolution de leur différend à une juridiction arbitrale conformément à la convention qui les lie, l'une d'elles peut se retrouver confrontée à une procédure d'insolvabilité.

En Allemagne, le juge considère que l'insolvabilité de l'une des parties rend la convention d'arbitrage inexécutable. En France, la Cour de cassation adopte une position plus nuancée¹. Dans le cadre d'une procédure arbitrale sous l'égide de la chambre de commerce internationale (CCI) entre une société italienne et une société espagnole, où la seconde a été placée en procédure d'insolvabilité, le tribunal arbitral a tout de même retenu sa compétence au motif que la loi espagnole ne

¹ Cass. Civ. 1, 28 mars 2013, n° 11-27.770 (Pirelli c/ Licensing Projects)

fait pas obstacle aux effets d'une clause compromissoire en cas d'ouverture d'une procédure collective dans le cadre d'un arbitrage international. Aussi, en application du règlement d'arbitrage, la CCI a écarté les demandes reconventionnelles formées par la société espagnole car cette dernière n'a pas réglé les provisions pour frais en raison de ses difficultés. En 2011, la cour d'appel de Paris annule la sentence arbitrale au motif que celle-ci porte atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties du fait de la privation, jugée disproportionnée par le juge français, pour la société espagnole de présenter ses prétentions, cela, même au cours d'une procédure ultérieure². La Haute juridiction casse et annule la décision rendue précédemment par la cour d'appel de Paris en estimant que : « si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales. »

L'autonomie de la volonté des parties est donc respectée, en partie du moins, par le juge français, car le fait que l'une des parties soit insolvable ne fait pas obstacle à l'application d'une clause d'arbitrage, sauf si cela entraîne une atteinte au droit d'accès à la justice ainsi qu'au principe d'égalité entre les parties. Cette décision crée donc une insécurité juridique quant à la participation de parties impécunieuses à des procédures arbitrales sous l'égide de la CCI du fait qu'elle tend à remettre en cause indirectement le règlement de 1998 de la chambre de commerce internationale.

À la vérité, cette tension est inhérente à la différence d'objectifs entre le droit de l'arbitrage interne ou international, et le droit de la faillite, transfrontalière ou non.

² CA Paris, 17 novembre 2011, Licensing Projects c/ Pirelli

L'inhérence d'une tension entre les procédures arbitrales et le droit des procédures collectives

Le Professeur Thomas Clay considère que les modes alternatifs de règlement des différends constituent l'élément le plus innovant et le plus déterminant de l'évolution du droit judiciaire privé depuis 30 ans. La logique historique est inversée car on estime que le conflit peut trouver une issue différente à la décision de justice rendue par l'institution étatique.

Parmi ces modes alternatifs, on trouve notamment, en matière contentieuse, l'arbitrage qui consiste à faire appel à un tiers, en dehors du système judiciaire, pour trancher le litige conformément à la volonté des parties, de manière neutre et impartiale. Ce mécanisme de règlement des différends est donc autonome en ce qu'il repose sur le contrat conclu entre les parties et qu'il aboutit à une sentence arbitrale que ne lie que celles-ci. Il bénéficie également d'un caractère privé si ce n'est même confidentiel du fait de l'effet relatif des conventions tout en étant extrêmement souple d'un point de vue procédural en raison de la liberté contractuelle dont bénéficient les parties.

A contrario, les procédures collectives sont des procédures totalement intégrées au système judiciaire. Elles sont également transparentes en ce qu'elles sont régies par des lois nationales obligatoires qui aboutissent à un résultat qui affecte plusieurs parties sans même qu'elles ne soient toutes liées entre elles par des relations contractuelles. En France, il résulte de la loi du 26 juillet 2005 que les objectifs du droit des entreprises en difficulté sont : la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif³.

³ Exposé des motifs de la Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

On pourrait ainsi établir que l'arbitrage international vise à la protection des intérêts privés tandis que les procédures collectives visent à la préservation de l'ordre public. Cette vision manichéenne doit néanmoins être relativisée en ce que d'une part le droit de la faillite admet des procédures confidentielles⁴ visant à prévenir en amont les difficultés de l'entreprise en facilitant les négociations avec les créanciers, et que d'autre part, sous l'égide notamment de la CCI et de ses règlements, l'arbitrage international tend de plus en plus à s'institutionnaliser et à collaborer activement avec les États. Sachant également que les sentences arbitrales peuvent être attaquées devant le juge étatique en cas de non-respect d'un droit procédural fondamental, la justice étatique ne délaisse pas complètement les litiges commerciaux devant être réglés par voie arbitrale.

Néanmoins, il est possible d'établir un parallélisme dans la reconnaissance des effets d'une sentence arbitrale et d'une procédure collective ouverte à l'étranger en ce que l'une comme l'autre doit être conforme à l'ordre public international.

L'émergence d'un parallélisme dans la reconnaissance des effets d'une sentence arbitrale et d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger

Par principe, toute décision qui ouvre une procédure d'insolvabilité rendue par une juridiction d'un État membre compétente est reconnue dans tous les autres États membres de l'Union européenne dès lors que cette dernière produit ses effets dans l'État d'ouverture.⁵ Par exception, lorsque la reconnaissance d'une telle procédure ou son exécution produit des effets manifestement contraires à l'ordre public,

⁴ Articles L. 611-4 à L. 611-16 du Code de commerce concernant la conciliation

⁵ Article 19 du Règlement 2015/848 « Insolvabilité bis »

tout État membre peut refuser de la reconnaître ou le cas échéant de l'exécuter.⁶

Le législateur européen pour définir cet ordre public se réfère aux « principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles » garantis par la Constitution de l'État considéré. Le droit international privé français donne un effet atténué à l'ordre public si bien que l'on parle d'un ordre public international car celui-ci ne couvre aucunement toutes les dispositions impératives du droit interne mais il permet uniquement d'écarter les décisions qui méconnaîtraient grandement les principes fondamentaux de la société française.

En ce qui concerne les faillites internationales, la contrariété à l'ordre public est souvent invoquée sans pour autant être admise par la jurisprudence qui favorise l'efficacité des procédures collectives étrangères sur le territoire français. La Haute juridiction a ainsi pu admettre l'ouverture d'une procédure de faillite ainsi que l'exequatur d'une décision prise à l'endroit d'un non-commerçant⁷, quand bien même une telle procédure n'aurait pas pu être ouverte en France. La Cour de cassation surenchérit même le 18 janvier 2000 en jugeant : « L'exequatur d'une décision étrangère ouvrant une procédure collective à l'égard d'un non-commerçant n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international. »⁸

Peu de décisions ayant écarté les effets d'une procédure collective ouverte à l'étranger au motif d'une contrariété à l'ordre public international, il est pertinent d'examiner les jurisprudences rendues en matière d'exequatur des sentences arbitrales. La première chambre civile a ainsi pu juger : « Le principe de l'égalité des créanciers dans la masse est à la fois d'ordre public interne et international. Il s'ensuit

que, dès lors qu'une créance trouvant son origine dans l'inexécution de contrats antérieurs au règlement judiciaire du créancier, devait, comme telle, si elle n'était pas éteinte, être soumise à la loi du concordat, une cour d'appel ne peut, pour rejeter le recours en annulation contre la sentence arbitrale ayant condamné le débiteur, se borner à constater que cette condamnation a été prononcée à une époque où le créancier avait recouvré la libre disposition de ses biens. »⁹ Aussi, a-t-elle estimé dans une décision ultérieure¹⁰ que l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers, le dessaisissement du débiteur et l'interruption de l'instance en cas de faillite, sont d'ordre public international.

La limite que l'on doit apporter à ce parallélisme est que le règlement européen par l'emploi du terme « manifestement » appelle la jurisprudence des États membres à une appréciation encore plus étroite de l'ordre public international. La jurisprudence précitée n'étant que celle du droit commun des faillites internationales, il faut nuancer sa portée en droit européen des faillites internationales.

L'approche finaliste permet toutefois de réconcilier pleinement les procédures collectives et les procédures arbitrales qui possèdent une origine philosophique commune.

L'essence philosophique identique des procédures collectives et des procédures arbitrales

La lecture de l'ouvrage de Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, enseigne l'essence du droit : « l'art du juste partage » ou, pour reprendre la formule du célèbre jurisconsulte romain Celse : *ius est ars boni et aequi*. Le Professeur émérite identifie deux traits qui permettent de l'appréhender. Le droit est

⁶ Article 33 du Règlement précité

⁷ 1ère Civ. 20 mai 1967, Bull. Civ. I n°172, affaire « Cole Weiss »

⁸ Com. 18 janvier 2000, Bull. Civ. IV n°17

⁹ 1ère Civ. 4 février 1992, Bull. Civ. I n°38

¹⁰ 1ère Civ. 5 février 1991, Bull. Civ. I n°44

une relation sociale, impliquant ainsi a minima deux personnes, mais n'est l'attribut d'aucune de ces personnes puisqu'il leur demeure extérieur, il est donc objectif. Le second trait tient à ce qu'il vise à établir l'équité dans cette relation. Ainsi, le droit doit être regardé comme un rapport d'équité établi par le juge, étatique ou non.

Aristote ajoute quant à lui dans L'éthique à Nicomaque : « Et ce sera la même égalité pour les personnes et pour les choses : car le rapport qui existe entre ces dernières, à savoir les choses à partager, est aussi celui qui existe entre les personnes. Si, en effet, les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas des parts égales ; mais les

contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales »¹¹

Qu'elles concourent à l'intérêt privé des parties dans le cadre de leurs relations commerciales, qu'elles assurent, conformément aux objectifs précités, la protection de l'ordre public, les procédures arbitrales comme les procédures collectives visent, malgré leurs différences, à rétablir l'équité entre les parties en rendant à chacun son dû, réaffirmant ainsi l'illustre formule du jurisconsulte romain Ulpian : *sum cuique tribuere*.

¹¹ L'éthique à Nicomaque, Livre V, 6 (1131a - 1131b), La justice distributive, médiété proportionnelle

OUVRAGES, TEXTES

Reinhard Dammann, Marc Sénéchal, Joly éditions, 26/06/2018, Le droit de l'insolvabilité internationale

Michel Menjucq, L.G.D.J, 05/10/2021, Droit international et européen des sociétés

François Xavier Lucas, Presses Universitaires de France, 13/01/2021 Manuel de droit de la faillite

Michel Villey, Presses Universitaires de France, 05/06/2013, La formation de la pensée juridique moderne

Éric Madré, Mémoire de DESS : Les apports du règlement communautaire sur les faillites au droit international privé

Aristote, Les Échos du Maquis, janvier 2014, L'éthique à Nicomaque

ARTICLES

S. Nadeau-Seguin, Quand la faillite et l'arbitrage se rencontrent: Un regard sur la pratique récente de la CPI, 5 Profiter. Resol. Int'l 79 (2011), p. 80 et p. 101

S. M. Kroll, Procédures d'arbitrage et d'insolvabilité - Problèmes sélectionnés en L. UNE. GUI, J. ré.

M. Lew (eds.), Problèmes omniprésents dans l'arbitrage international (2006), p. 359.

TEXTES

Règlement « Insolvabilité bis »

CONTACTS



École de Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Adresse : 12 place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05

Téléphone : 01 44 07 80 00



Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés

Email : ofismaster2@gmail.com

Linkedin : <https://www.linkedin.com/in/m2ofis/>



Adnan VALIBHAY

Email : adnan.valibhay@gmail.com

Linkedin : [Adnan Valibhay](#)