



CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

États Généraux de l'arbitrage – 2^e édition
Sous la direction de Thomas Clay et Louis Degos
29 juin 2018

PATRIMOINE, FAMILLE, ENTREPRISE
L'arbitrage pour tous

SOMMAIRE

HOMMAGE

Thomas CLAY: Le groupe "Hollande". Hommage à Alain Hollande

OUVERTURE DES TRAVAUX

Jean-Luc FORGET, vice-président du Conseil national des barreaux (CNB)

Alain HOLLANDE, ancien vice-président du CNB, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris

Louis DEGOS, avocat Responsable du groupe de travail Arbitrage du CNB, président de la commission Prospective du CNB, ancien membre du Conseil de l'Ordre de Paris

PATRIMOINE, FAMILLE, ENTREPRISE: L'ARBITRAGE POUR TOUS

Thomas CLAY, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1, Avocat au Barreau de Paris, Co-fondateur du groupe de travail Arbitrage du CNB

ARBITRAGE ET FAMILLE

L'ARBITRAGE ET LE DROIT DE LA FAMILLE, LES NOUVELLES PERSPECTIVES

Anne-Marie LEROYER, agrégée des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)



TABLE RONDE 1 PRATIQUE DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE DIVORCE ET DE SÉPARATION

Maria-Beatriz BURGHETTO, avocate aux barreaux de Paris et de Buenos Aires, admise à l'inscription au barreau d'Angleterre et du Pays de Galles

Muriel CADIOU, avocate au barreau de Paris, Présidente de l'association Droit et procédure

Elodie MULON, avocate, membre du Bureau du CNB, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris, présidente de l'institut du droit de la famille et du patrimoine (IDFP)

Nathalie COUZIGOU-SUHAS, notaire, chargée d'enseignement à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et à l'Ecole nationale de la Magistrature

PRÉSENTATION DU TRIBUNAL ARBITRAL DES AFFAIRES FAMILIALES

Etienne DESHOULIERES, avocat au barreau de Paris, cofondateur du Tribunal arbitral des affaires familiales

TABLE RONDE 2 PRATIQUE DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE SUCCESSION

Maximin de FONTMICHEL, maître de conférences HDR, directeur du Master Arbitrage & Commerce international à la faculté de droit et de science politique de l'Université de Versailles — Saint-Quentin (Paris Saclay)

Hélène POIVEY-LECLERCQ, avocate, ancien membre du CNB, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris

Guillaume BARBE, avocat au barreau de Paris

Emmanuel RAVANAS, avocat au barreau de Paris

DÉBAT AVEC LES PARTICIPANTS

ARBITRAGE ET ENTREPRISE

L'ARBITRAGE ET LE DROIT DE L'ENTREPRISE : LES NOUVELLES PERSPECTIVES

Philippe STOFFEL-MUNCK, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

Bruno DONDERO, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

TABLE RONDE 1 L'ARBITRAGE ET LA VIE DE L'ENTREPRISE

Julie SPINELLI, avocate au barreau de Paris

Pierre DUPREY, avocat au barreau de Paris

Jean du PARC, avocat honoraire, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de Dijon

Hubert FLICHY, avocat, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris, fondateur et président du Centre national d'Arbitrage du Travail (CNAT)



TABLE RONDE 2 L'ARBITRAGE ET LA CESSIION DE L'ENTREPRISE

Jean-Robin COSTARGENT, expert financier

Didier FAURY, expert-comptable, commissaire aux comptes, président de l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation (IEAM), ancien président du Conseil national des compagnies d'experts judiciaires

Elie KLEIMAN, avocat au barreau de Paris, président de l'association « Paris place de l'arbitrage »

Bruno CRESSARD, avocat au barreau de Rennes, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Rennes, ancien président du Collège des avocats spécialistes en droit de l'arbitrage (CASDA)

Agnès PINIOT, expert-comptable, commissaire aux comptes, expert près la Cour d'appel de Paris

RAPPORT DE SYNTHESE

Louis DEGOS, avocat, responsable du groupe de travail Arbitrage du CNB, président de la commission Prospective du CNB, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris

NB : Le style oral a été volontairement conservé pour l'essentiel des interventions. Des références ont été ajoutées à la demande de certains orateurs.



Le Groupe "Hollande"

LE GROUPE "HOLLANDE"

HOMMAGE À ALAIN HOLLANDE

Le livre édité ici est issu des Etats généraux de l'arbitrage qui se sont tenus le 29 juin 2018 à l'initiative du groupe de travail sur l'arbitrage du Conseil national des barreaux. L'allocution d'ouverture, entraînant et galvanisante, qu'on trouvera dans les pages qui suivent, est celle, bien naturelle, d'Alain Hollande. Pourtant, aussi forte soit-elle, on n'entendra plus cette voix puisqu'Alain Hollande est décédé le 28 octobre 2018.

En préambule de cette quatrième édition des Cahiers de l'arbitrage du Conseil national des barreaux, c'est l'occasion de revenir sur les douze années de ce groupe de travail, qu'il est permis de rebaptiser définitivement du nom de son fondateur, le groupe « Hollande ».

Tout a commencé le 12 octobre 2006 lors d'un déjeuner auquel il m'avait convié dans un petit restaurant à côté de son bureau de l'avenue de Villiers, alors que je le connaissais peu. A peine assis, il me proposa, à moi qui n'étais pas encore avocat, de créer avec lui le groupe de travail « Arbitrage » du CNB. Ma réponse fut instantanément positive et, nous nous sommes lancés ensemble dans cette aventure humaine et amicale qui, aujourd'hui encore, demeure.

Alain était de ceux qui avait sans cesse des projets, une vision, un but, et qui se donnait les moyens pour l'atteindre. Il était déjà l'auteur d'un Que-sais-je-? remarqué sur l'arbitrage et il avait de la suite dans les idées. La sienne était simple : il fallait, comme il l'a écrit lui-même dans les Cahiers du CNB en 2011, « réfléchir aux outils permettant de développer la pratique de l'arbitrage (...) pour convaincre de l'utilité de l'arbitrage et en promouvoir l'efficacité auprès de la profession d'avocat ». Et pour cela, il voulait s'entourer d'une nouvelle génération, non inféodée au Comité français de l'arbitrage, à l'égard duquel il avait un ressentiment tenace puisqu'il en avait toujours été exclu, alors même qu'il n'y aurait pas été illégitime.

A raison d'une fois par mois environ, notre aéropage se réunissait et regroupait, outre lui et moi, Catherine Lesage, Louis Degos, Jean-Luc Forget, Georges Decocq, Pierre Duprey, Vanessa El Khoury, Olivier Guilbaud, Jean du Parc, avant d'être rejoint par un expert-comptable, Stéphane Lipski. Quelques années plus tard, d'autres furent appelés pour renouveler et compléter l'effectif : Bruno Cressard, Malo Depincé, Maximin de Fontmichel, Irène Léger, Clément Fouchard, Noël Mélin, Eleonore Caroit, Maria-Beatriz Burghetto, Julie Spinelli et Jean-Robin Costargent. Entre-temps, Catherine Lesage puis Louis Degos avaient succédé à Alain Hollande dans le co-pilotage du groupe au nom du CNB.

L'objectif de ce groupe tenait en une formule : l'« évangélisation » de la France à l'arbitrage. Pour cela, il fallait agir dans trois directions : la formation, la communication et la réglementation.



La formation, ce furent ces modules clé en main fournis aux écoles d'avocats qui pouvaient ainsi reproduire à l'infini des formations types, avec des volumes horaires variables selon les besoins, tant en formation initiale que continue.

La communication, c'était à la fois les ateliers régulièrement animés au sein de la Convention nationale des avocats triennale (Marseille, Lille, Nantes, Montpellier, Bordeaux), les Etats généraux annuels qui faisaient le point sur des questions précises, comme ceux dont cet ouvrage est issu, et, surtout, les actes types de l'arbitrage qui sont gratuitement diffusés sur le site internet du CNB et dont tout praticien, même inexpérimenté, peut s'emparer pour conclure une convention d'arbitrage, ou participer à une instance arbitrale (<https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/le-conseil-national-des-barreaux-publie-la-3e-edition-des-cahiers-de-larbitrage>). Au rebours de la plupart des structures existantes, le groupe « Hollande » poursuivait une approche généreuse et ouverte, destinée à populariser la pratique de l'arbitrage. C'est aussi en ce sens qu'il faut comprendre le travail sur l'arbitrage relatif aux petits litiges.

La réglementation, ce fut bien sûr le rôle décisif que joua le groupe au moment de la rédaction finale du décret de 2011. Comme il le rappelle lui-même dans les Cahiers de l'arbitrage de 2011, les travaux du groupe été rejoints par le Barreau de Paris et la Conférence des Bâtonniers, conférant à ceux-ci une force à nulle autre pareille, qui fut déterminante dans la finalisation du texte. Ce fut la consécration du groupe « Hollande ».

Toutes ces années furent formidables, stimulantes, productives, passionnantes et passionnées, notamment grâce au caractère bien trempé d'Alain — mais n'est-ce pas le cas de toutes les fortes personnalités ?

Alain n'a jamais cessé de relancer notre groupe, avec de nouveaux projets, de nouvelles missions, de nouvelles ambitions, même quand les problèmes de santé ont commencé. Il avait pour ce groupe une énergie entraînante qui forçait l'admiration.

Mais il était aussi attentionné et attentif aux autres. Récemment encore j'étais allé déjeuner chez lui, avec son épouse, et j'ai été frappé par l'harmonie de ce couple qui déjeunait tous les jours ensemble depuis des décennies.

La maladie lui a fait endurer des épreuves épouvantables, dont il ne cachait rien. Il aura d'ailleurs tenu plus longtemps qu'on ne pouvait l'espérer. Il est parti en laissant notre groupe orphelin, mais notre groupe lui survivra, et je sais qu'il en était fier.

Lui, en revanche, n'a pas fini de nous manquer.

Thomas CLAY
Co-fondateur et co-animateur (2007-2014) du groupe « Arbitrage » du CNB



OUVERTURE DES TRAVAUX

Jean-Luc FORGET, vice-président du Conseil national des barreaux (CNB)

Bonjour à tous. J'ai beaucoup de plaisir à vous accueillir dans cette Maison des avocats. Cette deuxième édition des Etats généraux de l'arbitrage permettra certainement à ces Etats généraux de l'arbitrage de prendre leur place parmi les autres Etats généraux de la profession devenus des rendez-vous réguliers pour les confrères (Etats généraux du droit administratif qui ont eu lieu il y a quelques jours, ou encore les Etats généraux de la famille, Etats généraux du dommage corporel etc.). Vous passerez cette journée à évoquer les évolutions et les perspectives de l'arbitrage. Dans ce contexte, je souhaite tout particulièrement remercier Alain Hollande pour le travail inlassable qu'il fournit depuis des années et dont je suis le témoin, pour avoir été convié, il y a déjà bien longtemps, à des réunions où quelques personnes seulement souhaitaient déjà promouvoir l'arbitrage. Nous lui devons les Cahiers de l'arbitrage, qui permettent à nos confrères de s'approprier ce mode pratique de règlement des conflits. Grâce à ses efforts, le droit de l'arbitrage fait désormais l'objet d'une mention de spécialisation reconnue par l'arrêté du 28 novembre 2011. Soutenu par le regroupement des confrères spécialisés dans le cadre d'une association [*NDRL : le collège des Avocats Spécialistes en Droit de l'Arbitrage (CASDA)*], l'arbitrage se développe. Mais je souhaite également remercier Louis Degos, qui poursuit le travail d'Alain Hollande en animant désormais le groupe Arbitrage au sein du Conseil national des barreaux, qui est aussi le président de la commission Prospective du CNB et que j'ai toujours beaucoup de plaisir à écouter.

Merci à vous tous de participer à ces Etats généraux, qui ont pour thème l'arbitrage pour tous. La France a, historiquement, une position favorable à l'arbitrage international. Paris est une place d'arbitrage forte et reconnue, dotée d'institutions performantes ainsi que d'experts renommés. L'enjeu pour la profession est de développer l'arbitrage comme un mode de règlement extrajudiciaire des litiges internes, avec les avantages que nous lui connaissons: la confidentialité, la flexibilité, la sécurité. J'ai même lu apparaître, parmi ces avantages, la maîtrise des coûts, mais je m'interroge et souhaite que vous m'éclairiez sur ce point durant cette journée.

Ce mode de règlement des conflits nous renvoie aussi à la place de l'avocat dans l'arbitrage comme prescripteur, comme conseil des parties et comme arbitre. Le recours à l'avocat apporte aussi des garanties incomparables aux parties impliquées dans une procédure d'arbitrage. Sa culture du procès en fait un acteur privilégié de cette procédure extrajudiciaire de règlement des conflits. L'avocat est aussi le professionnel qui sait gérer les conflits d'intérêts et qui saura être intransigeant sur le respect de la déontologie.

L'arbitrage doit désormais prendre sa place en droit des sociétés, en droit des successions, en droit de la famille ou en droit du travail et assurer ainsi un traitement apaisé des conflits dans ces matières. Il s'agit d'une autre culture. L'objectif de cette évolution n'est pas de participer au désengorgement des tribunaux, mais de replacer le juge à sa juste place et de créer une autre culture du règlement des difficultés.



Le Conseil national des barreaux a toujours été acteur, voire précurseur, grâce à vous Alain Hollande et aujourd'hui grâce à d'autres que vous avez su mobiliser pour développer ces modes alternatifs de règlement des conflits. Désormais, nous voyons que les réalités s'imposent et que l'arbitrage a vocation à se développer en tous domaines. L'actualité nous a rappelé, dans le cadre du projet de programmation et de réforme de la justice, combien nous pouvions et devons défendre ces modes de règlement des difficultés. Vous savez combien le Conseil national des barreaux s'est impliqué dans ce cadre. Il s'est récemment doté d'un plan d'investissement numérique ambitieux. Il y a quelques jours, une plateforme de procédure participative dématérialisée a été ouverte. Nous allons compléter et poursuivre ce dispositif en permettant à l'arbitrage de se développer aussi sur de telles plateformes.

L'objectif est le suivant: un arbitrage ouvert à tous, à toutes matières, substitué le plus souvent possible au jugement, en convainquant de la pertinence, de la sécurité, de la méthode, du temps réduit de résolution de la difficulté et de son coût raisonnable. Cette journée de réflexion doit permettre de convaincre nos confrères d'utiliser ce droit et ces méthodes pour développer la place du droit et celle des avocats, en donnant de l'avocat une autre image, parce qu'il participe d'une autre culture qui n'est pas celle du conflit mais de la résolution des conflits.

Merci à tous encore pour votre participation nombreuse. Je souhaite que cette deuxième édition des Etats généraux de l'arbitrage s'inscrive dans les prochains Etats généraux de l'avenir de la profession qui seront organisés à Paris les 27 et 28 juin 2019 par le Conseil national des barreaux.

Alain HOLLANDE, ancien vice-président du CNB, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris

Merci beaucoup. J'essaierai de vous expliquer pourquoi nous avons choisi ce thème. Il y a plus de dix ans, les responsables du CNB que nous étions se sont demandés pourquoi très peu d'affaires faisaient l'objet d'un arbitrage interne en France, alors que l'arbitrage international se développait considérablement. Avec Thomas Clay, nous avons donc créé un groupe de travail dédié, qui avait pour mission de trouver des solutions pour palier cette absence. Notre première tâche a consisté à demander à un institut de sondage d'interroger des chefs d'entreprise pour leur demander ce qu'ils pensaient de l'arbitrage. Les résultats étaient sidérants: 98 % ne savaient pas qu'il existait ce mode de règlement des litiges. Je ne suis d'ailleurs pas certain que ces résultats ne seraient pas identiques aujourd'hui. Lorsque nous leur avons demandé combien avaient eu l'occasion de pratiquer l'arbitrage, seuls deux ou trois s'étaient manifestés. En expliquant en quelques mots l'arbitrage, nous leur demandions alors s'ils seraient enclins à y recourir en cas de conflit. Plus de la majorité ont répondu par l'affirmative. En termes de conseils, la vaste majorité privilégiait l'avocat. Cette étude était donc assez accablante. Nous avons ensuite conduit une autre étude, auprès des avocats cette fois. Nous leur avons demandé s'ils connaissaient l'arbitrage, et s'ils avaient eu l'occasion de le pratiquer. 5 % ont répondu par l'affirmative. Nous leur avons demandé s'ils étaient favorables à l'arbitrage. Plus de 90 % ne l'étaient pas. En termes de motifs, la liste était longue : coût, choix des arbitres par affinité, lenteur de la procédure, absence d'appel, etc. Cette réponse traduisait une profonde méconnaissance de l'arbitrage. Lorsque nous leur avons demandé s'ils incluaient des clauses compromissoires dans les contrats, ces avocats ont majoritairement répondu par la négative. Cette étude démontrait ainsi



que les avocats ne connaissaient pas l'arbitrage, ne le pratiquaient pas et le fuyaient. En effet, ils n'avaient jamais étudié cette solution à l'école ou l'université.

Nous avons participé très activement à la rédaction du décret de 2011 de modernisation des articles du Code de procédure civile sur l'arbitrage¹, partie qui a été entièrement remaniée. Nous avons ensuite conçu des modules de formation, considérant que cette connaissance manquait aux avocats.

La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle fut pour nous une révolution. En effet, elle a modifié l'article 2061 du Code civil, qui dispose aujourd'hui que la clause compromissoire est possible dans tous les contrats pour lesquels il existe une libre disposition des droits. Or nous avons l'habitude de n'appliquer l'arbitrage interne que dans le domaine professionnel. Par conséquent, tous les domaines s'ouvrent à nous. Ce marché est considérable. En tant que responsables de la profession, nous sommes soucieux de certains de nos confrères qui exercent à titre individuel et voient leur situation se dégrader depuis quelques années. Ils ont ici un véritable chantier à leur disposition, qui ouvre des perspectives formidables. En effet, un avocat est le mieux placé pour être conseil en matière d'arbitrage, dans les domaines qu'il maîtrise. S'agissant du rôle d'arbitre, il est également apte à remplir cette fonction, éventuellement avec une formation complémentaire. Il a en effet l'habitude du contradictoire et de la confidentialité. Le seul problème pouvant se poser est celui de l'impartialité requise de la part d'un arbitre. Ce marché est si important que de nombreuses autres professions l'investiront. En droit de la famille, il s'agit du domaine naturel des notaires. En matière d'arbitrage, les anciens magistrats, les juges consulaires, les experts-comptables, etc., sont intéressés. S'ils devaient se saisir de ce marché, il serait difficile de le reconquérir. Nous devons donc en prendre conscience dès aujourd'hui et agir en fonction.

Cette journée a vocation à vous sensibiliser, et vous faire comprendre qu'il est de l'intérêt de beaucoup de se lancer dans cette nouvelle voie, d'adopter des clauses compromissoires, de suivre des formations en vue de devenir arbitre, et de devenir missionnaires auprès de nos confrères pour porter ce message.

Louis DEGOS, avocat, responsable du groupe de travail Arbitrage du CNB, président de la commission Prospective du CNB, ancien membre du Conseil de l'Ordre de Paris

Le programme de cette journée a été élaboré en étroite collaboration avec le Professeur Thomas Clay, au nom de l'Ecole de droit de la Sorbonne, notre partenaire pour cette journée. Ce matin comme cet après-midi, nous commencerons par un exposé professoral, suivi de deux tables rondes, d'une durée d'une heure. Je vous invite à rester toute la journée. Ce programme a en effet été conçu pour traiter de la vie individuelle des personnes physiques, ce qui n'est habituellement pas le cas en arbitrage, qui traite généralement des personnes morales. S'agissant de cet après-midi, la vie du dirigeant ou de l'individu au sein de l'entreprise est visée, et non la vie de l'entreprise elle-même. Ce sont toutes les questions patrimoniales dans la vie de l'individu qui nous intéresseront.

¹ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage



PATRIMOINE, FAMILLE, ENTREPRISE: L'ARBITRAGE POUR TOUS

Thomas CLAY, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), Avocat au Barreau de Paris, Co-fondateur du groupe de travail Arbitrage du CNB

Je veux commencer en remerciant chacun pour sa présence à ces Etats généraux de l'arbitrage, en partenariat avec l'Ecole de droit de la Sorbonne, dont sont issus les quatre professeurs qui interviendront aujourd'hui, et avec l'Association française d'Arbitrage, qui a publié en avant-première dans sa newsletter la contribution de ma collègue et amie, le professeur Anne-Marie Leroyer.

Dix huit mois après la loi « Justice du XXI^e siècle » du 18 novembre 2016, il est intéressant d'en tirer un premier bilan et de s'interroger sur les succès, les échecs et le stade d'avancement de cette réforme majeure de l'article 2061 du Code civil. Les deux autres articles relatifs à l'arbitrage (2059 et 2060) n'ont en effet pas été affectés par cette réforme, principalement parce qu'ils sont devenus obsolètes. L'article 2061 concerne pour sa part la clause compromissoire en matière interne uniquement puisque depuis des décennies maintenant la jurisprudence a écarté, à juste titre, l'application de cette disposition à l'arbitrage international. Ces Etats généraux ont vocation à évoquer les nouveaux territoires de l'arbitrage, qui ont été opportunément nommés « l'arbitrage pour tous ».

Le législateur souhaitait ouvrir l'arbitrage et la clause compromissoire à ces nouvelles pratiques et ces nouveaux domaines. Il s'agit, à titre personnel, d'une conviction profonde: j'estime que l'arbitrage n'est réservé ni au contentieux commercial, ni au contentieux international, ni au contentieux d'investissement. L'arbitrage est un mode de justice alternatif qui existe depuis la nuit des temps et d'ailleurs le Code de procédure civile de 1806 contenait déjà des dispositions très détaillées sur le droit de l'arbitrage, sans distinguer selon les différents types d'arbitrage. J'ai donc la conviction que la nature même de l'arbitrage est adaptée à tous les litiges ou presque. Il nous appartient donc, grâce à ce nouvel article 2061 du Code civil, de nous emparer de ces nouveaux domaines et d'étendre le champ de la pratique de l'arbitrage à ces nouveaux territoires: la famille, le patrimoine et l'entreprise.

S'agissant de la réforme, je rappellerai en quelques mots l'apport principal du nouvel article 2061. Celui-ci est composé de deux alinéas. Le premier dispose: « *La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.* » Nous sommes ici frappés par la répétition du terme « accepté ». C'est la marque d'un changement de paradigme, passant d'une logique de validité à une logique d'acceptation, et donc de consentement. L'article 2061 antérieur, issu de la réforme de 2001, disposait: « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.* » Ce principe de validité s'insérait dans une dialectique antérieure, articulée entre l'article 2061 dans sa première version (1972) qui posait une interdiction de principe de la clause compromissoire, considérant qu'elle n'était pas valable sauf exception, et la version de 2001, qui la rendait valable sauf exception. La question était donc toujours bien celle de la validité.



La question est désormais de savoir si la clause compromissoire a été véritablement voulue. Nous entrons ainsi dans une logique contractuelle classique, et dissipons le halo de suspicion qui entourait la clause compromissoire. Dès lors qu'il respecte les conditions classiques de validité des contrats, un contrat est par principe valable. S'agissant d'une justice dérogatoire, il faut simplement s'assurer que les parties qui y ont recouru l'ont absolument voulu. La clause compromissoire devient ainsi banale, un contrat comme les autres, valables par principe.

Cela ouvre dès lors le champ possible de la clause compromissoire à tout un pan de l'activité économique. En 1972, la clause compromissoire était valable en matière commerciale et interdite en matière civile. En 2001, elle est devenue valable en matière professionnelle, y compris civile. En 2016, nous ne nous interrogeons plus sur la question de savoir si la matière est civile ou commerciale; la clause compromissoire est valable par principe, pour tous les contrats pour lesquels les parties ont la libre disposition. Le champ est donc immense, y compris entre particuliers: immobilier, copropriété, internet, assurance, contrat de travail et, ce qui nous intéresse ici, contentieux familial.

La question qui se pose alors est de savoir s'il existe une limite à l'arbitrage. Cette question est résolue par le second alinéa de l'article 2061: « *Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée.* » La sanction n'est donc plus la nullité, mais l'inopposabilité. Cette sanction me semble adaptée. Je crois en effet que, dès lors qu'il s'agit d'une partie faible, c'est-à-dire d'une partie dont on peut craindre qu'elle ait accepté la clause d'arbitrage sans le vouloir vraiment, il faut qu'elle puisse y renoncer en la déclarant inopposable à son égard. En réalité, il s'agit d'une option de compétence.

Dans le cas du consommateur, celui-ci peut accepter ou refuser la clause compromissoire qui lui est présentée. A l'inverse, si le consommateur est le demandeur, il pourra saisir le tribunal arbitral ou au contraire y renoncer et saisir la juridiction judiciaire, sans que ce choix puisse lui être reproché. C'est donc exclusivement au profit de la partie faible du contrat que cette option existe. A la vérité, en droit positif, ce régime inégal n'est pas tout à fait inédit. La chambre sociale de la Cour de cassation a en effet affirmé, depuis 1999, que la clause compromissoire était valable dans le contrat international de travail, mais inopposable au salarié, qui bénéficie donc de cette même option de compétence. La Cour de cassation a étendu sa solution en matière interne dans un arrêt célèbre du 30 novembre 2011. Cette option de compétence me semble être la bonne sanction, puisqu'elle est exclusivement au bénéfice de la partie faible.

Par ailleurs, se pose la question de savoir qui est la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. L'alinéa 2 du nouvel article 2061 concerne-t-il uniquement les contrats de consommation (avec un déséquilibre entre le professionnel et le consommateur) ou, au contraire, tous les contrats, y compris ceux conclus entre deux non-professionnels? Cette ambiguïté apparaissait d'ailleurs déjà dans la rédaction antérieure. Elle invite à se demander si la clause compromissoire est valable dans tous les contrats conclus entre particuliers. Il me semble que tel est le cas, le contraire constituerait selon moi une dénaturation de la volonté du législateur et de l'esprit du texte. L'inopposabilité n'a pour finalité que de réarmer la partie faible face à la partie forte. En l'absence de partie forte, il n'y a plus lieu de conférer un privilège à la partie faible, et la nature même de la sanction d'inopposabilité ne s'applique plus. En permettant à deux parties faibles de se voir déclarer la clause compromissoire inopposable, celle-ci encourrait le risque de ne plus produire aucun effet. C'est



pourquoi, selon moi, la clause compromissoire est bien valable, en droit positif, dans tous les contrats, et dans les contrats relatifs au droit patrimonial de la famille. Les notaires l'ont d'ailleurs compris, et ont commencé à développer une pratique de l'arbitrage en droit patrimonial de la famille.

Il s'agit donc d'un gisement de nouvelles pratiques professionnelles, qu'il revient aux avocats d'adopter et de développer, en ayant recours à l'arbitrage dans des contentieux où l'arbitrage n'est pas attendu, mais où il est valable. Cette validité de principe doit être connue et diffusée, y compris avec ses limites légales ou réglementaires. Ces limites seront étudiées tout au long de la journée, que nous avons conçue en réunissant des spécialistes des deux branches: droit processuel (arbitrage) et droit substantiel (droit de la famille ou de l'entreprise).



ARBITRAGE ET FAMILLE

Anne-Marie LEROYER, agrégée des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

En droit de la famille, nous connaissions déjà le compromis. La jurisprudence avait déjà pu admettre sa validité, par exemple pour le règlement des comptes d'une communauté ou un partage entre héritiers. L'introduction du compromis dans le cadre d'un conflit s'observait ainsi dans des opérations de liquidation et de partage, dans le cadre d'une liquidation de communauté ou de succession. La nouveauté viendrait de la clause compromissoire. Nous nous heurtons ici à un certain nombre d'éléments. J'en mentionnerai deux principaux. D'abord, nous sommes a priori favorables à l'introduction de cette clause en matière familiale, par exemple dans un contrat de mariage, de PACS, voire dans un testament ou dans des libéralités (donation, partage, etc.). Un champ reste donc ouvert, et l'espoir serait entretenu par l'idée d'un déclin de l'ordre public en matière familiale et la prolifération de conventions et d'accords. Puisque, dans le cadre d'un divorce, il est désormais possible de se passer du juge, au bénéfice d'un consentement mutuel par l'intermédiaire de deux avocats, l'ensemble du divorce serait devenu disponible, puisque les parties peuvent conclure un accord qui échappe à l'intervention du juge. Nous aurions donc une loi qui aurait indirectement statué sur la question de la disponibilité ou de l'indisponibilité du divorce.

Nous avons de nombreuses procédures de règlement alternatif des conflits en droit de la famille. La convention de procédure participative, ainsi, aboutit à des accords pouvant être homologués par le juge. Je me demande dans quelle mesure les deux processus peuvent s'articuler. La convention de procédure participative propose déjà une avancée, y compris avec la loi J21 qui permet de conclure cet accord à un moment où le juge est saisi. Il apparaît dès lors encore davantage de références à l'introduction de la volonté dans le contentieux. Cet élément pourrait au contraire être favorable au jeu de l'arbitrage, mais je ne suis pas certaine de la voie qui pourrait s'offrir aux avocats, ni du processus le plus adapté.

Le seul intérêt dont nous devrions discuter est donc l'anticipation possible par une clause compromissoire, en droit de la famille, dans un certain nombre de contrats, tels que les contrats de mariage. Thomas Clay faisait valoir que les articles 2060 et 2059 du Code civil étaient obsolètes du fait de la réforme. Je ne l'ai pas compris ainsi. Ils nous donnent en effet toujours la clé de l'arbitrabilité en droit de la famille. Ces deux articles offrent des critères a priori différents: l'un explique qu'il n'est pas possible de compromettre sur des matières qui intéressent l'ordre public, et l'autre qu'il est uniquement possible de compromettre sur les droits disponibles. Nous savons aussi que ces deux dispositions ont trouvé leur articulation dans l'idée que ce n'est pas l'ordre public qui guide l'arbitrabilité. En effet, l'arbitre doit seulement respecter l'ordre public, c'est-à-dire les dispositions d'ordre public. Pour autant, des dispositions d'ordre public peuvent mettre en œuvre des droits disponibles. La jurisprudence s'est prononcée en 1950 pour situer la directive de l'ordre public.

S'agissant de la question de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas éclairantes. Bruno Oppetit considérait que la non-arbitrabilité se limitait



« à l'interdiction légale de la libre disponibilité des droits des parties. Le recours à l'arbitrage serait impossible seulement dans le cas où la règle d'ordre public supprimerait la disponibilité même du droit contractuel, mais non dans l'hypothèse où la règle d'ordre public emporterait uniquement des restrictions à la mise en œuvre et à l'exercice de cette disponibilité. » A titre exemple, sur la question de l'octroi d'une prestation compensatoire, notamment par le jeu d'une clause compromissoire, sur le principe même, le droit est indisponible, mais il est possible de se demander si les modalités de mise en œuvre de la prestation compensatoire (c'est-à-dire son montant et ses délais) peuvent être disponibles, au regard de cette distinction entre le principe et ses modalités.

Pour l'instant, rien ne me semble possible. Si l'on soumettait un contrat de mariage au juge, avec l'introduction d'une clause compromissoire expliquant que les conflits relatifs au divorce, à la liquidation, au partage ou à l'autorité parentale seraient soumis à l'arbitre, la clause serait considérée comme contraire à l'indisponibilité des droits. Dans le cas contraire, il faudrait admettre le jeu des conventions à tout moment de la procédure de divorce devant le juge. Or la Cour de cassation est extrêmement rigoureuse sur ces questions. Ainsi, il n'est pas possible de soumettre des conventions portant sur la liquidation et le partage du régime matrimonial ou sur le droit futur à prestations compensatoires avant l'introduction de l'instance. Les magistrats se réfèrent en effet à une interprétation assez fine des textes, considérant que cette convention entre les parties n'est pas possible parce que le juge n'est pas saisi et que les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits sur ces éléments.

Dans un certain nombre d'Etats, les expériences destinées à anticiper le contentieux du divorce fleurissent. Pour l'heure, cependant, elles me semblent exclues en France. En effet, le parallèle entre le développement des conventions et la validité des conventions dans la procédure de divorce laisse entrevoir une impossibilité de développer des accords de cette manière. Il est possible que la Cour de cassation admette finalement la validité des conventions à tout moment de la procédure pour favoriser les opérations de liquidation et de partage de manière consensuelle, mais elle ne le fait pas aujourd'hui. Une certaine prudence devrait donc régner sur l'utilisation de la clause compromissoire. En revanche, le compromis, à la condition de prêter attention à la question de la capacité, est un réel outil.

Thomas CLAY, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), Avocat au Barreau de Paris, Co-fondateur du groupe de travail Arbitrage du CNB

Cette opposition radicale est très intéressante. Je ne partage pas ce point de vue, mais nous pourrions en débattre avec des spécialistes des deux disciplines. S'agissant de la question de l'obsolescence des articles 2059 et 2060, elle est affirmée par le droit positif. Selon l'article 2059, il n'est possible de compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition. Cet article est inutile, puisqu'il suffit de substituer au terme « compromettre » celui de « contracter » et on entre dans le champ de l'article 6 du Code civil. Quant à l'article 2060, selon lequel il n'est pas possible de compromettre sur les matières qui intéressent l'ordre public, la jurisprudence affirme continuellement, depuis 1992, que cela est en réalité tout à fait possible. Il ne faut pas confondre la possibilité de compromettre et le fait que la sentence arbitrale ne soit pas contraire à l'ordre public. Cet article a donc été écarté par la



jurisprudence, à la fois en matière internationale et en matière interne. La réforme aurait dû conduire à la suppression de ces articles. Mais pour des raisons de fébrilité politique, cela n'a pas été le cas.

Sur la question de la prestation compensatoire, on peut peut-être s'inspirer de la manière dont le droit de l'arbitrage a résolu des problèmes complexes d'arbitrabilité. Ainsi, en matière de brevets, par exemple, bien que d'ordre public et supposant des décisions *erga omnes*, il y a une arbitrabilité partielle: la jurisprudence a fait la distinction entre la titularité du brevet (qui est indisponible) et sa patrimonialité (qui est arbitrale). Il est donc possible de conclure une clause compromissoire sur la question de la valeur d'un brevet, mais pas sur la question de savoir à qui appartient le brevet. Autre exemple: en droit des procédures collectives, la jurisprudence estime que la clause compromissoire s'impose, y compris au débiteur, mais que le tribunal arbitral n'a le pouvoir que de fixer le montant de la créance et non pas de condamner au versement de ce montant. Des articulations sont donc possibles au sein d'une même branche du droit. En droit de la famille, il me semble que rien n'empêche de reprendre ce type d'articulation entre le principe du droit et sa valeur, donc sa patrimonialité. Mais il ne s'agit ici que de droit patrimonial de la famille, à l'exclusion du droit extrapatrimonial, encore qu'on pourrait discuter du divorce par consentement mutuel par actes d'avocats.

Maria-Beatriz BURGHEITTO, avocate aux barreaux de Paris et de Buenos Aires, admise à l'inscription au barreau d'Angleterre et du Pays de Galles

Bonjour à tous. Dans cette première table ronde, nous allons nous concentrer sur les relations entre l'arbitrage et les affaires familiales telles que le divorce et la séparation, dans leurs aspects patrimoniaux et non patrimoniaux. Trois spécialistes reconnus du droit de la famille analyseront ces différents aspects. Maître Muriel Cadiou va nous présenter l'arbitrage dans le droit extrapatrimonial de la famille, une question dont les contours sont parfois difficiles à délimiter. Elle le fera à partir de la législation en vigueur, et en adoptant une vision prospective sur l'avenir possible de cette synergie entre l'arbitrage et le droit non-patrimonial de la famille. Ensuite, nos deux autres intervenantes, Maître Elodie Mulon, avocate et Maître Nathalie Couzigou-Suhas, notaire, se pencheront sur l'arbitrage dans le droit patrimonial de la famille et l'arbitrage dans les contrats de mariage et de PACS. Merci encore à toutes les trois pour vos présentations. Nous réserverons un instant aux questions du public.

Muriel CADIOU, avocate au barreau de Paris, Présidente de l'association Droit et procédure

C'est en ma qualité de Présidente de l'association Droit et procédure que j'ai été invitée à participer à cette deuxième édition des Etats généraux de l'arbitrage.

L'arbitrage en droit extrapatrimonial de la famille est un territoire vierge que le professeur Thomas Clay me propose de défricher et je l'en remercie.

Si l'on s'en tient au Code civil actuel, la congruence entre le droit extrapatrimonial de la famille et l'arbitrage n'est pas évidente. Certains auteurs se sont exprimés sur la question et notamment le professeur Fulchiron qui a ainsi écrit que le droit de la famille était « allergique » à l'arbitrage, tant le droit de la famille est étroitement lié aux principes d'ordre public et d'indisponibilité.



Aujourd'hui, les praticiens du droit de la famille que je représente, s'intéressent à la procédure d'arbitrage. Nous sommes séduits par sa souplesse, sa rapidité, sa confidentialité, par la prise en compte de la temporalité du client, par les aspects psychologiques qu'elle recouvre, etc. Les praticiens souhaitent aujourd'hui pouvoir défricher l'arbitrage en droit de la famille, tant sur le plan extrapatrimonial que sur le plan patrimonial. Il y a quelques années, le droit de la famille paraissait facile, voire méprisé des autres praticiens du droit. Les Etats généraux du droit de la famille lui ont permis d'obtenir ses lettres de noblesse, et nous nous sommes aperçus, à la faveur de dossiers à forts enjeux ou de successions médiatiques, que les avocats avaient la possibilité de s'inscrire dans un contentieux technique, mêlant à la fois des règles de droit privé, interne, international, processuel, de droit des sociétés, fiscal, etc. Ce terreau est tout à fait favorable à l'arbitrage, connu pour l'excellence de ses acteurs.

Par ailleurs, le droit de la famille correspond à un contentieux de masse, très encombré, et pour lequel notre Gouvernement appelle à une déjudiciarisation, en externalisant certaines procédures. Nous en avons un exemple avec le nouveau divorce par consentement mutuel sous forme d'acte d'avocats, mais également à la lecture du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui fait apparaître la possibilité de faire réviser les contributions alimentaires par le directeur de la Caisse d'allocations familiales. A la faveur de ces constatations, la pertinence d'un recours à l'arbitrage pourrait émerger.

En termes d'examen du droit comparé, la plupart des pays anglo-saxons ont enfin prévu la possibilité d'un arbitrage tant sur les aspects patrimoniaux (qui ne posent pas de difficultés) que sur les aspects extrapatrimoniaux, ce qui permet d'y voir un véritable courant alternatif.

La difficulté pour le sujet qui m'a été confié est de définir les droits extrapatrimoniaux. Les droits extrapatrimoniaux peuvent être définis par opposition aux droits patrimoniaux, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'un commerce, qu'ils n'ont pas de contre-valeur monétaire, qu'ils sont insaisissables, imprescriptibles et intransmissibles. A titre d'exemple, il s'agit de la capacité, du nom, du mariage, du divorce, de la séparation de corps, de l'exercice de l'autorité parentale. Ces droits extrapatrimoniaux seraient donc insusceptibles d'être arbitrés, par opposition aux droits patrimoniaux, qui le pourraient. Nous sommes aujourd'hui encore soumis aux dispositions de l'article 2060 qui excluent, de manière expresse, la capacité, le divorce et la séparation de corps. L'article 2060 pose également la limite de l'ordre public et l'article 2059 celui de la libre disposition. Il me semble que la doctrine s'est largement exprimée sur le fait que l'obstacle relatif à l'ordre public est aujourd'hui dépassé, pour deux raisons. D'abord, il est aujourd'hui admis qu'en matière interne et internationale, l'arbitre a le pouvoir d'appliquer une règle d'ordre public, mais aussi le pouvoir de la sanctionner. La jurisprudence reconnaît donc aux parties le droit de soumettre à l'arbitrage une matière qui relève de l'ordre public dès lors que l'arbitre applique ces règles et n'y porte pas atteinte. Ensuite, un contrôle de la justice étatique permet toujours de vérifier, dans le cadre d'un recours en indemnisation ou d'un PEL, que l'arbitre s'est assuré de l'ordre public. L'ordre public ne me semble donc plus être un obstacle majeur, empêchant l'arbitrabilité des droits extrapatrimoniaux. En revanche, la libre disposition des droits reste une limite. Selon la jurisprudence, la capacité, le nom, la filiation, le prononcé du divorce et de la séparation de corps seraient des droits rattachés à la personne, donc indisponibles et inarbitrables. Pour autant, tous ces obstacles, à la fois textuels et jurisprudentiels, me semblent être sur le point de s'affaiblir face à des développements récents. Nous



pouvons aujourd'hui avoir davantage de doutes face à l'impossibilité d'arbitrer dans les matières extrapatrimoniales.

D'abord, la modification de l'article 2061 du Code civil rend possible d'intégrer dans un contrat de mariage une clause compromissoire entre non-professionnels. Avant cette réforme, la clause compromissoire était uniquement valable dans les contrats entre professionnels.

Ensuite, la déferlante de moyens et d'outils offerts en matière de contractualisation du droit de la famille laisse entrevoir une ouverture. La contractualisation porte à la fois sur le droit substantiel et le droit processuel. En effet, nous avons la possibilité de mettre en œuvre des procédures participatives, de déjudiciariser le divorce, permettant ainsi d'accéder à la sphère de l'arbitrage. Depuis la consécration par la loi du 18 novembre 2016 du divorce déjudiciarisé, il paraît difficile de continuer à affirmer le principe de l'indisponibilité de l'état des époux et de l'autorité parentale quand le divorce et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale peuvent faire l'objet d'un acte d'avocats. Ce nouveau divorce brouille la frontière entre les droits disponibles et indisponibles. Depuis cette nouvelle loi, il y a une véritable contradiction entre l'instauration d'un divorce conventionnel et le maintien des articles 2059 et 2060, qui rendent indisponibles ces droits.

Enfin, concernant l'arbitrabilité des divorces internationaux, il est parfaitement possible, en vertu de l'article 5 du règlement Rome III, de choisir la loi du divorce, donc une loi qui autoriserait l'arbitrage. De même, des divorces sont prononcés par une juridiction arbitrale dans des pays majoritairement anglo-saxons, et devront être appréciés dans le cadre d'un contrôle d'arbitrabilité au regard des critères d'ordre public international.

La solution consiste selon moi à revoir les articles 2059 et 2060 du Code civil, qui constituent aujourd'hui une scorie, qui est totalement dépassée et n'a plus lieu d'être.

Elodie MULON, avocate, membre du Bureau du CNB, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris, présidente de l'institut du droit de la famille et du patrimoine (IDFP)

Axel Depondt, en 2013, avait réuni un certain nombre de praticiens pour créer une chambre arbitrale de la famille. Nous avons alors engagé un véritable travail sur le sujet, afin d'apprécier les possibles, les limites et les modes d'organisation envisageables. Les questions que nous nous étions posées à l'époque et celles d'aujourd'hui ne sont plus les mêmes, traduisant une évolution phénoménale en cinq ans.

Je suis assez d'accord avec le professeur Thomas Clay sur le champ d'application de l'arbitrage, sous réserve de certaines modifications législatives. Nous assistons à un véritable changement de structure mentale en matière familiale. Nous nous apercevons que la déjudiciarisation, dans notre matière, renvoie toujours aux modes amiables, que nous qualifions à tort de modes alternatifs (alors que dans la plupart des cas, nous devons faire homologuer par un juge les cas que nous trouvons pour leur donner force exécutoire). Nous n'avons en revanche pas intégré, dans ce phénomène de déjudiciarisation, l'arbitrage. Il est aujourd'hui possible de contractualiser la séparation, comme nous l'avons vu dans le cas du nouveau divorce. Nous le faisons aussi dans le cas de la convention de procédure participative, inspirée du droit collaboratif des pays anglo-saxons, et qui consiste pour les parties à chercher une solution ensemble, en contractualisant la manière dont elles la trouveront. Elles



prévoient ainsi l'objet sur lequel portera l'accord, le délai de recherche de l'accord, les modalités d'échange des pièces, etc. Cette procédure semble ainsi se rapprocher du compromis d'arbitrage. Le barreau de famille est donc déjà structuré pour organiser la recherche d'une solution. Par ailleurs, le divorce par consentement mutuel a ouvert les vannes. Dès lors, rien ne nous empêche de procéder par voie d'arbitrage. L'article 2061, s'il est très important, n'empêche pas de compromettre. Bien qu'il n'ait pas totalement permis de prévoir l'arbitrage en amont, l'arbitrage en aval n'est pas pour autant impossible.

Le compromis d'arbitrage suppose que le litige soit né, ainsi qu'un accord, écrit mais assez informel. Il est donc adaptable. Certains éléments restent obligatoires, comme l'objet, mais celui-ci peut être modifié sous réserve de l'accord des parties. La décision de recourir à l'arbitrage doit en outre être claire. La convention d'arbitrage doit prévoir de manière suffisamment précise un certain nombre d'éléments, pour éviter le recours au juge d'appui. Sauf exception expresse, la procédure est confidentielle. En droit de la famille, ce caractère très important permet une loyauté totale dans l'échange des communications. La procédure est par ailleurs librement organisable. L'arbitre est ainsi libre d'organiser la procédure comme il le souhaite, sous réserve du respect des principes directeurs du procès. Le juge est par ailleurs choisi. Notre matière connaît des problèmes de spécialisation, dans un contentieux de masse ; ce juge arbitre, qui est soit un notaire soit un avocat, connaîtra sa matière. Le compromis d'arbitrage présente également des avantages en terme de rapidité et de maîtrise du temps. Par défaut, l'arbitre doit rendre sa décision sous six mois. Les parties peuvent également révoquer l'arbitre d'un commun accord, sans avoir à le justifier.

Il existe cependant quelques écueils. S'agissant du respect du contradictoire, je pense que nous devons exclure, dans notre matière, la possibilité pour l'arbitre d'échanger avec chaque partie séparément. L'indépendance est par ailleurs impérative. En termes de coûts, la piste de l'aide juridictionnelle doit être explorée. Si nous créons une justice privée, celle-ci doit certainement être financée en partie par l'Etat. Cette rémunération est dans tous les cas prévisible, et peut s'avérer être inférieure pour les parties à celle correspondant à une procédure extrêmement longue.

Selon l'article 2060, il n'est pas possible de compromettre sur l'état et la capacité des personnes. Cet article me semble désuet au vu du nouveau consentement mutuel. Je ne pense pas que le texte vise les conséquences du divorce. Cette interprétation me semble indispensable, à l'avantage d'une justice plus rapide et adaptée. Il faudra cependant réformer quelques textes et notamment l'article 268 du Code civil qui permet au juge du divorce d'homologuer les accords entre époux sur les conséquences du divorce. Il faut y ajouter la possibilité pour le juge d'exéquaturer une décision d'arbitrage rendue sur ces mêmes conséquences.

Nathalie COUZIGOU-SUHAS, notaire, chargée d'enseignement à l'université de Paris 1 Sorbonne et à l'Ecole nationale de la Magistrature

L'intérêt de l'arbitrage nous était apparu avec acuité sous la houlette de Maître Depondt et du professeur Thierry Revet. A mon sens, nous devons, en tant que professionnels du droit, nous emparer de cette matière, qui consiste en un mode alternatif de règlement des différends. Les parties, dans l'optique d'un litige né ou à naître, vont convenir de confier le règlement de leur litige à un juge ou un tribunal arbitral. Ce mode doit être différencié d'autres possibilités que sont les modes amiables



de règlement des conflits. En médiation, le médiateur doit s'effacer pour réunir les parties et tenter de renouer un dialogue. Ici, l'arbitre est un juge choisi par les parties, qui règle le différend. Le terme de justice privée doit être évacué. Si le juge est choisi par les parties, il n'en reste pas moins régi par les articles du Code de procédure civile 1442 et suivants.

Il s'agit d'une innovation de la loi J21 du 18 novembre 2016. Dans notre imagerie juridique, pendant longtemps, l'arbitrage était une forme de justice « de riches », cantonnée à des affaires commerciales ou internationales, régie par des avocats d'affaires. Cela ne sera plus le cas avec la nouvelle possibilité induite par l'article 2061 du Code civil, qui nous permet d'arbitrer sur des matières privées. Il s'agit d'une véritable révolution, mais pas vis-à-vis du droit antérieur. En effet, la justice du XVIII^e et du XIX^e siècle s'appuyait l'arbitrage, en reposant sur l'idée d'évitement du procès. La loi de 1972 a mis un terme à cette pratique en matière privée, pour la rétablir en matière professionnelle en 2001.

L'arbitrage pourra être mobilisé en matière de succession. Les notaires l'utilisent déjà largement, en insérant des clauses compromissoires au sein des donations et partages. Il est également possible de compromettre, une fois que le litige est né, dès lors que les héritiers sont capables. La difficulté réside dans le fait de savoir si cette possibilité peut être introduite dans un testament. Le Mouvement Jeune Notariat a organisé un congrès sur le droit des successions contentieuses à Montréal en septembre 2018 et une partie y est consacrée à l'arbitrage, notamment en matière de succession comportant un élément d'extranéité. Cette matière est donc extrêmement intéressante.

L'arbitrage peut également être prévu dans le cadre des liquidations d'origine matrimoniale, vis-à-vis des partenaires pacsés, des concubins ou des époux. S'agissant des deux premiers, il est possible de prévoir des clauses d'arbitrage pour gérer la liquidation des intérêts patrimoniaux du couple. Ces modalités permettent la rapidité, la confidentialité de la procédure, ainsi que la possibilité de statuer en amiable composition. Elles sont particulièrement adaptées en matière familiale. En effet, bien que le juge étatique puisse statuer en équité, comme le permet l'article 12 du Code de procédure civile, cette possibilité est peu utilisée devant les juridictions judiciaires. L'arbitrage est donc une voie alternative extrêmement favorable pour les conflits familiaux que sont le droit des successions et le droit de la famille.

S'agissant de la possibilité de recourir à l'arbitrage en cours d'instance en divorce, il me semble difficile de faire cohabiter ces deux droits. En effet, le juge aux affaires familiales, en dehors du consentement mutuel, statue sur le divorce et la prestation compensatoire. Cette articulation supposerait probablement de modifier les textes, notamment l'article 267 du Code civil, qui a déjà été réécrit par l'ordonnance du 15 octobre 2015. L'arbitrage peut donc être prévu une fois le divorce prononcé, chez les partenaires pacsés, les couples concubins ou divorcés.

L'arbitrage peut également être prévu dans les contrats de mariage et de partenariat enregistré. En cas d'élément d'extranéité, les juristes sont régis par la Convention de La Haye du 14 mars 1978, applicable aux couples ayant convolé entre le 1^{er} septembre 1992 et le 28 janvier 2019. Depuis le 29 janvier 2019, les deux règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés sont entrés en vigueur en France. Ceux-ci ne permettent plus d'établir des contrats de mariage sous seing privé, en France, ce qu'autorisait la Convention de la Haye, possibilité non -ou rarement -utilisée. Pour autant, les avocats ont un rôle important à jouer dans les contrats de mariage qui impliquent des personnes entre lesquelles existe un lien d'extranéité, notamment



lorsque le contrat a vocation à circuler dans les pays anglo-saxons, où deux juristes assistent les futurs époux, lors de l'élaboration de leur contrat de mariage. Il est indispensable que les futurs époux aient pu consulter, parallèlement aux rendez-vous chez le notaire, d'autres juristes de leur choix et que cette précision figure au sein du contrat. Les juristes doivent aussi s'emparer du contrat de mariage comme du contrat de PACS en amont, pour introduire des clauses d'arbitrage ayant vocation à résoudre les futurs conflits. Nous aurons donc grand intérêt à avancer ensemble, par exemple, en travaillant dans des chambres d'arbitrage. Nous avons déjà su le faire sur le consentement mutuel par acte d'avocats. Nous ne sommes absolument pas adversaires, mais complémentaires et partenaires.

Elodie MULON, avocate, membre du Bureau du CNB, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris, présidente de l'institut du droit de la famille et du patrimoine (IDFP)

Je ne vois pas pourquoi le contrat de mariage est nécessairement notarié, alors qu'en l'absence d'immeuble, il serait possible de concevoir qu'il est privé, sous réserve du respect de l'ordre public. Je ne comprends pas davantage pourquoi le contrat préuptial n'est pas possible. En effet, s'il est possible de sortir librement du divorce, il devrait être possible de rentrer librement dans le mariage en en prévoyant les conditions. L'arbitrage confère par ailleurs une plus grande liberté notamment de statuer en équité. Cette possibilité pourrait être utilisée par les parties, et lierait l'arbitre.

S'agissant du divorce, il me paraît en l'état complexe de compromettre. Aujourd'hui, une requête est déposée. Le juge a l'obligation de tenter de concilier les parties sur les conséquences du divorce, en fixant des mesures provisoires. Au-delà d'un délai (qui peut être supérieur à 30 mois), l'une des deux parties assigne en divorce. L'instance est réputée commencer au moment de l'assignation, et non avant. Cette procédure actuelle rend, selon moi, plus complexe l'intégration de l'arbitrage que la procédure à venir, qui permettra à l'instance de commencer dès le début. Selon l'article 265-2, il n'est pas possible de conclure un accord sur la liquidation avant l'introduction de l'instance, et selon l'article 268, il n'est pas possible de conclure un accord, notamment sur la prestation compensatoire, avant l'introduction de l'instance. Ce texte ne prévoit que les accords. Or l'arbitrage n'est pas un accord sur le fond. Il n'est donc pas concerné par le texte. Même en interprétant l'article 268 de façon très large, en considérant qu'il laisse la possibilité de trouver un accord sur le fait qu'un arbitre est chargé de la décision, il ne serait pas possible de le faire avant la seconde phase de la procédure. Dans cette hypothèse, nous pourrions considérer qu'il n'est pas possible de conclure d'accord dès le début, notamment sur la fixation des mesures provisoires. Or les mesures provisoires dans le divorce sont de deux types: extrapatrimoniales ou patrimoniales. En pratique, les parties seraient obligées de se présenter devant le juge, lié par l'obligation de rechercher une conciliation, sur les matières extrapatrimoniales. Cette difficulté sera sans doute levée par la nouvelle procédure à venir.

Après l'instance, nous pourrions imaginer que les parties décident de trouver un accord. Or le texte ne prévoit pas de possibilité de s'extirper de la procédure pour une partie des conséquences. Il prévoit que les parties trouvent un accord sur la liquidation ou l'ensemble des conséquences (y compris la prestation compensatoire), qu'ils font homologuer par le juge. Or telle n'est pas notre volonté.

En matière de liquidation, il est plus confortable de consulter un spécialiste de la matière. L'article 2060 pourrait être réformé, et ouvert aux divorces en difficulté. Il s'agira également d'ouvrir la possibilité, dans le cadre de l'instance, de consulter un arbitre pour statuer sur les conséquences



patrimoniales, voire extrapatrimoniales. L'article 1487 prévoit aujourd'hui une exequatur sous forme d'ordonnance. Le jugement de divorce devrait donc pouvoir être exequaturé sur les conséquences patrimoniales, voire extrapatrimoniales.

Le juge n'est plus souverain, aujourd'hui, pour sortir les époux des liens du mariage, puisque les avocats le font, avec l'aide des notaires. Une déclinaison dans le cadre de l'arbitrage semble donc envisageable. L'accord, en effet, suppose la disponibilité. De plus, dans l'hypothèse d'un accord sur le principe du divorce, celui-ci peut être externalisé. Un arbitre pourrait alors prononcer le divorce. En l'absence d'accord sur le principe du divorce, mais dans le cas d'un accord sur le fait de recourir à un acteur autre que le juge pour prononcer le divorce, un accord subsiste. Sous réserve d'une modification des textes et d'un élargissement de nos pratiques, je pense qu'il est possible de compromettre sur l'ensemble des procédures familiales, y compris le divorce et les droits extrapatrimoniaux.

Nathalie COUZIGOU-SUHAS, notaire associée, chargée d'enseignement à l'université de Paris 1 Sorbonne et à l'Ecole nationale de la Magistrature

Il s'agit de se réemparer de la rédaction des contrats de mariage et contrats de PACS, qui est parfois dédaignée. Il me semble nécessaire de prévoir en amont la possibilité d'insérer des clauses compromissaires, avec la nomination de l'arbitre, du tribunal arbitral, les modalités, etc. Les notaires se réemparent progressivement des contrats de mariage, après des clauses standardisées.

Muriel CADIOU, avocate au barreau de Paris, Présidente de l'association Droit et procédure

Il me semble aujourd'hui indispensable de prendre conscience de ce champ qui s'offre à nous, et nous structurer en nous inspirant des systèmes étrangers. Il serait intéressant de reprendre la chambre d'arbitrage en droit de la famille pour travailler sur des règlements d'arbitrage, des clauses compromissaires, etc., afin d'offrir un service de communication et des modèles aux professionnels qui souhaiteraient s'en emparer. Ce sujet pose également la question de la formation des arbitres et de la répartition des rôles entre l'avocat et le notaire. Les Anglais ont déjà travaillé sur l'aspect patrimonial en 2012. En juillet 2016, ils ont créé un institut des arbitres en droit de la famille, qui s'intéresse aux aspects extrapatrimoniaux. Aux Etats-Unis, deux Etats, la Caroline du Nord et l'Indiana, ont créé des systèmes particuliers en droit de la famille. Au Canada, dans l'Etat de l'Ontario, l'arbitrage en droit de la famille est régi par une loi de 1991 et des dispositions spécifiques ont été instaurées en 2007. Enfin, un certain nombre de pays anglo-saxons (Australie, Canada, Afrique du Sud, Nouvelle-Zélande) ont permis la création d'un système international de *family dispute arbitration scheme*, dont il apparait intéressant de s'inspirer pour développer l'arbitrage en droit de la famille en France.

Thomas CLAY, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), Avocat au Barreau de Paris, Co-fondateur du groupe de travail Arbitrage du CNB

Il semble que mes propos au sujet des articles 2059 et 2060 ont suscité un léger effroi, et je souhaite donc les préciser. Je n'ai pas affirmé que ces articles n'existent pas, mais simplement qu'ils étaient



inutiles dès lors qu'il ne servent à rien pour écarter l'arbitrage en droit extra-patrimonial de la famille qui est de toute façon écarté. Lorsque vous affirmez que le divorce par consentement mutuel par acte d'avocats bouleverse le débat, je suis d'accord avec vous. En revanche, l'arbitrage est possible en droit patrimonial de la famille, même par clause compromissoire, ainsi que vient de le permettre le nouvel article 2061 du Code civil.

Par ailleurs, pour avoir participé à la rédaction du nouvel article 2061, je vous confirme que nous avons également envisagé la réforme des articles 2059 et 2060, y compris leur suppression. Or ces textes relèvent de la loi et dépendent d'un processus législatif. Nous n'avons donc pas souhaité ouvrir le débat sur ce point.

Enfin, comme vous le savez, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice en cours de discussion prévoit que le juge judiciaire puisse enjoindre aux parties qu'elles supendent leur procédure pour tenter une médiation. Cette nouvelle logique pourrait conduire le juge à inviter les parties à régler la parité patrimoniale de leur litige par médiation et à revenir devant lui en ce qui concerne la partie extrapatrimoniale. La division entre le patrimonial et l'extrapatrimonial trouverait ainsi un autre terrain d'application.

Etienne DESHOULIERES, avocat au barreau de Paris, cofondateur du Tribunal arbitral des affaires familiales

Bonjour à tous. Je suis avocat en droit des nouvelles technologies, et j'ai également une formation en droit de l'arbitrage. Le projet de tribunal arbitral des affaires familiales est né au sein de l'Institut digital d'arbitrage et de médiation (IDAM), qui a fondé le tribunal commercial arbitral Fast Arbitre. A cette époque, la possibilité de conclure un contrat entre personnes physiques, sans activité économique, intégrant une clause compromissoire, n'existait pas. Tel est le cas aujourd'hui; c'est la raison pour laquelle la création de ce tribunal arbitral des affaires familiales nous a semblé importante.

En ce qui concerne l'équipe, d'abord, la SAS qu'est l'institut digital d'arbitrage et de médiation est à l'origine du projet. Ses associés comptent Alice Pezard, avocate au barreau de Paris, ancienne conseillère honoraire auprès de la Cour de cassation, ou encore Jérôme Duprè, avocat au barreau de Nantes qui a été juge aux affaires familiales. Il m'indiquait notamment qu'il est possible d'accorder à une affaire avec divorce représente une heure de travail, et une affaire sans divorce 30 minutes de travail, compte tenu du volume de dossier à traiter annuellement, avec des délais d'audience de 12 à 18 mois. Sur la base de ce constat, et forts d'une expérience en matière d'arbitrage commercial, nous avons ainsi décidé de fonder le tribunal arbitral des affaires familiales. En matières commerciales, nous avons mis en place une plateforme, et nous adressons essentiellement aux start-upers, aux PME et aux personnes qui maîtrisent l'outil technologique. Pour le tribunal des affaires familiales, en revanche, nous avons pris le contrepied de cette démarche. Ce tribunal vise en premier lieu les professionnels du droit de la famille, en leur proposant des ressources et des compétences en droit de l'arbitrage, afin que ces professionnels organisent des arbitrages en droit de la famille. Le centre d'arbitrage n'a donc pas vocation à leur fournir les solutions ou à décider de l'organisation des arbitrages. L'objectif est de propager cette pratique de l'arbitrage dans la matière des affaires familiales. La saisine par particulier a été prévue, mais il ne s'agit pas de l'hypothèse privilégiée.



En pratique, la demande est saisie en ligne, sur le site du tribunal arbitral des affaires familiales. Un processus sur mesure est ensuite organisé. Un accord doit être trouvé concernant l'organisation de l'arbitrage. Le premier acte de l'arbitre (c'est-à-dire de l'avocat en droit de la famille ou du notaire) consiste à prendre un règlement d'arbitrage, qui définit la façon dont l'arbitrage sera organisé. Cette procédure sur-mesure s'adaptera ainsi aux enjeux de l'arbitrage. En cas de refixation d'une pension alimentaire, par exemple, une audience n'est pas nécessaire. L'arbitre, en accord avec les parties, peut ainsi décider que la décision sera prise de manière totalement dématérialisée. S'il se pose des enjeux plus importants, il peut décider de rencontrer plusieurs fois les parties, d'organiser une expertise le cas échéant, etc. Au terme de la procédure, le tribunal arbitral rend une décision obligatoire, nommée sentence.

Nous avons conclu un partenariat avec la plateforme Case Law Analytics, qui propose une solution d'analyse de jurisprudence permettant de savoir quelle décision serait prise par un magistrat dans une situation similaire. Un certain nombre de critères sont pour ceci entrés dans l'interface par le professionnel du droit. Compte tenu du caractère discuté de ces solutions prédictives en droit, nous ne préconisons de les utiliser qu'avec l'accord des parties.

S'agissant de la tarification, nous proposons par défaut une tarification de 200 euros par heure pour tous les intervenants. Lors de l'accord sur l'arbitrage, il est possible de fixer un ou plusieurs tarifs forfaitaires.

Le projet est en cours. Des retours des professionnels du droit de la famille sont attendus, en vue d'adapter le cas échéant le règlement d'arbitrage, nos pratiques, voire mettre à leur disposition des technologies adaptées telles que des formulaires en ligne qui leur permettraient de résoudre plus rapidement et plus efficacement les contentieux en droit de la famille.

Une intervenante

Je m'interroge sur la question de la force exécutoire. Nous savons que la sentence arbitrale doit être exécutée par un juge étatique. Vous indiquez que le jugement a force exécutoire et peut être soumis à un huissier de justice.

Etienne DESHOULIERES, avocat au barreau de Paris, cofondateur du Tribunal arbitral des affaires familiales

La sentence exécutée est soumise à l'huissier de justice.

Elodie MULON, avocate, membre du Bureau du CNB, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris, présidente de l'institut du droit de la famille et du patrimoine (IDFP)

Ce projet me semble extrêmement dangereux pour l'arbitrage. En l'état, l'arbitrage est conduit par des chambres organisées selon des règles déontologiques extrêmement précises. L'idée de la coexistence d'une justice étatique et d'une justice privative nécessite la mise en place de garanties absolues. Par ailleurs, nous avons été clairs au sujet du caractère applicable de l'arbitrage sur certaines matières, mais sur d'indispensables aménagements législatifs sur d'autres. Ce projet me semble être



une porte ouverte sur des déviances extrêmement dangereuses, qui risquent de décrédibiliser le processus que nous souhaitons mettre en place en matière familiale. Le sujet me semble très précurseur, mais insuffisamment encadré en l'état.

Etienne DESHOULIERES, avocat au barreau de Paris, cofondateur du Tribunal arbitral des affaires familiales

Vos commentaires démontrent la nécessité d'encadrer l'arbitrage. Nous avons une charte de l'arbitrage, qui propose un certain nombre de garanties, notamment cinq ans d'exercice en qualité de professionnel du droit de la famille, ainsi qu'une assurance de responsabilité professionnelle. Cette charte prévoit un certain nombre de garde-fous.

Par ailleurs, le centre d'arbitrage ne décide pas de ce qui est arbitrable ou de ce qui ne l'est pas. Seul l'arbitre est juge de l'arbitrabilité et aura l'initiative d'organiser un arbitrage dans les domaines du droit de la famille qu'il considère arbitrables. La plateforme et les outils que nous proposons n'ont pas vocation à laisser un champ libre au professionnel, mais à proposer un socle ainsi qu'une convention lui permettant de se saisir des opportunités que présente l'arbitrage en droit de la famille.

Maximin de FONTMICHEL, maître de conférences HDR, directeur du Master Arbitrage & Commerce international, faculté de droit et de science politique de l'Université de Versailles - Saint-Quentin (Paris Saclay)

Bonjour à tous. Il s'agit ici d'aborder la question de l'arbitrage en matière successorale, qui est selon moi le territoire de prédilection du développement de l'arbitrage lorsqu'il se confronte au droit de la famille. Comme toute grande conquête, celle-ci suppose de lever des obstacles, à la fois juridiques et d'ordre psychologique et culturel. Nous devons donc mobiliser des avocats et praticiens aventuriers. Ceux qui se présentent à vous aujourd'hui sont plutôt habitués aux procédures amiables, processus collaboratifs et procédures participatives. Trois intervenants se succéderont, et nous prendront des questions à la fin de la table ronde. Hélène Poivey-Leclercq, célèbre pour son implication et la création de la procédure participative en France, nous parlera de l'arbitrage du point de vue des obstacles, de la relation avec le notariat et du droit successoral. Deux thématiques plus techniques seront abordées ensuite par Guillaume Barbe, en matière testamentaire, et Emmanuel Ravanais, en matière de successions internationales.

Hélène POIVEY-LECLERCQ, avocate, ancien membre du CNB, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris

Il me revient la charge de vous présenter ce que pourrait être l'arbitrage en matière successorale ou d'indivision. Cela postule l'existence d'un litige de succession ou d'une indivision successorale, conventionnelle entre concubins, époux séparés de biens ou partenaires pacsés. L'indivision conventionnelle est en effet rarement autre que familiale.

Traditionnellement, ces litiges ressortissent à la compétence de la juridiction étatique. Les facteurs qui incitent à vouloir désormais recourir à l'arbitrage tiennent pour partie aux modes actuels de



règlement de ces litiges jugés insatisfaisants, et pour autre partie à des besoins ou à des exigences nouvelles, que les modes traditionnels peinent à satisfaire.

Pour décider de ce qui peut être soumis à l'arbitrage en droit de la famille, on opère classiquement une distinction entre droits patrimoniaux éligibles à l'arbitrage et droits extrapatrimoniaux qui en sont exclus, s'agissant de droits dits "*indisponibles*".

La situation est toutefois plus complexe.

Il existe certes des obstacles dirimants qui rendent non arbitrables un certain nombre de matières. Ainsi en va-t-il des droits dits indisponibles: filiation, délégation de l'autorité parentale par exemple. Les litiges relatifs à ces matières doivent être réglés par un juge étatique. De même, on peut soutenir que les conventions d'arbitrage conclues avant un décès sont susceptibles d'être qualifiées de pactes sur succession future, prohibés la loi. L'incidence des droits impératifs accordés à certains héritiers, comme la réserve héréditaire devrait faire également prohiber les clauses testamentaires qui leur imposeraient un arbitrage.

A côté de ces obstacles dirimants, d'autres sont moins exclusifs, mais aussi de nature à faire obstacle de façon détournée au recours à l'arbitrage. Ainsi en va-t-il de l'intervention du notaire dont le rôle est conçu comme celui d'un juge de l'amiable. Recours traditionnel du justiciable lorsqu'une succession s'ouvre ou qu'une indivision immobilière pose problème, acculturé à la négociation, il s'emploie à concilier les parties. Il est lesté d'une compétence historique et d'une confiance de la part des justiciables. Peu d'indivisions conventionnelles échappent ainsi à son intervention. Ainsi en va-t-il des modes amiables auxquels le Code civil engage à recourir avant toute saisine d'une juridiction tels que médiation, processus collaboratifs, qui s'emparent progressivement des litiges. Eux aussi peuvent dissuader de recourir à un arbitrage. Ils apparaissent d'ailleurs comme un passage obligé, le Code de procédure civile imposant de justifier des moyens mis en oeuvre pour tenter de parvenir à un règlement amiable avant la saisine d'une juridiction. Bien que ces dispositions ne soient qu'incitatives, puisqu'aucune irrecevabilité n'est prévue en cas de non-respect, contrairement à ce qui est le cas en matière de demande de partage judiciaire, rien ne garantit que, dans quelques années, la Cour de cassation ne considérera pas que le respect des articles 56 et 58 du Code de procédure civile constitue une formalité substantielle. Ce qui aurait alors pour effet fâcheux de conduire à un anéantissement rétroactif des procédures mises en places.

Or, aux nombre de ces modes amiables figure la procédure participative qui peut s'afficher comme un concurrent de l'arbitrage en raison de sa conception et de son articulation possible avec le juridictionnel. Les points de convergence entre la procédure participative et l'arbitrage sont nombreux. Ainsi, à l'instar de la procédure participative, les articles 1143, 1445, 1446, 1448, et 1149 du Code de procédure civile qui gouvernent l'arbitrage, font échos aux articles 2063, 2065 du Code civil : exigence d'un écrit, d'une définition de l'objet du litige, irrecevabilité de la saisine du juge étatique lorsqu'un arbitrage ou une convention de procédure participative sont engagés, excepté pour faire fixer des mesures conservatoires provisoires, mais avec la possibilité de mise en place de telles procédures y compris en cours d'instance... Ces points de convergence font s'interroger sur la place de l'arbitrage aux côtés de la procédure participative. La concurrence est en effet importante. Quant aux frais à exposer pour la mise en place d'un arbitrage, ils peuvent être de nature à effrayer



et à dissuader le justiciable, la conception de l'arbitrage la plus répandue étant celle du recours à trois arbitres et non à un seul.

Toutefois, ces obstacles ne sont qu'apparents et recèlent en fait en creux, des indications fortes en faveur de l'arbitrage.

Ainsi, l'intervention du notaire présente-t-elle une difficulté qui tient à ce qu'il méconnaît le conflit d'intérêts. On l'a dit: il est considéré comme le *juge de l'amiable*. Dépositaire de dispositions de dernières volontés, il apparaît pourtant comment ayant une proximité certaine avec le défunt. Et même en l'absence de telles dispositions, il a généralement ou peut avoir une relation historique avec une partie de la famille susceptible d'induire une prévention de la part des héritiers de deuxième ou troisième période de vie. La médiation et le processus collaboratif trouvent aussi leurs limites: le médiateur ne peut dispenser de conseils juridiques. Quant au processus collaboratif, il peut se concrétiser en cas d'échec, c'est-à-dire faute d'accord, par une perte de temps et d'argent. Il peut aussi pour ces mêmes raisons conduire des justiciables à accepter une solution à laquelle ils n'adhèrent pas et qu'ils regretteront ou tenteront de remettre en cause.

L'arbitrage présente lui d'indéniables avantages en tant que mode de règlement des litiges relatifs à un règlement successoral ou une indivision car il est étranger à ces critiques. Et la profession aurait tort de ne pas s'y acculturer.

Son premier avantage est de présenter une grande sécurité juridique. Les arbitres sont en effet choisis en fonction de leur compétence et de leur intimité avec la matière concernée, ce qui permet d'espérer une solution adaptée. Ils jouissent ainsi d'un capital de confiance dont le juge étatique n'est pas toujours, sinon rarement investi, ce qui permet aux justiciables de mieux adhérer à la décision rendue, en principe définitive. Les parties peuvent aussi vouloir ou se trouver dans la nécessité de régler rapidement leur différend: l'arbitrage peut être une indication pertinente car la durée de l'examen de l'affaire est fixée conventionnellement et encadrée par des délais coercitifs. La liberté laissée aux parties de circonscrire leur litige est un autre avantage qui évite la dispersion du contentieux. Quant au coût, il présente un avantage essentiel qui tient à sa prévisibilité. Quant à son montant, il est tout bien considéré souvent inférieur à celui qui devra être exposé en cas de contentieux devant les tribunaux étatiques dont la durée de vie moyenne n'est généralement pas inférieure à trente-six, voire quarante-huit mois, jalonnée d'incidents générateurs d'honoraires supplémentaires. Anonymat et confidentialité font enfin partie des avantages que présente l'arbitrage, particulièrement dans ces matières qui divisent des familles, lesquelles apprécient par ce moyen de faire l'économie de la publicité des débats.

Tout litige n'a pas pour indication nécessaire un règlement amiable. Ce n'est pas une question de culture: il faut parfois trancher. Face au risque d'échec d'un mode amiable, et à un juge étatique privé de la possibilité de juger et de statuer dans des délais raisonnables, faute de moyens, l'arbitrage apparaît comme un mode sécurisé et rapide.

Demeure une réserve: à un moment où les mouvements religieux renaissent et se confrontent de façon violente, la vigilance s'impose face aux incidences d'une justice privée qui, livrée aux mains de personnes dépourvues de neutralité, rendraient des décisions dictées en considération de leurs seules considérations personnelles.



Guillaume BARBE, avocat au barreau de Paris

En droit des successions, la Cour de cassation a rappelé un certain nombre de fois la possibilité de faire appel à l'arbitrage: la Cour d'appel de Lyon en 1881, la Chambre des requêtes en 1900. L'arbitrage est donc possible en matière successorale. D'autres arrêts intéressants peuvent être relevés. La Cour de cassation a ainsi pu écarter des arbitres ou des clauses, tout en reconnaissant que l'arbitrage en matière de succession était possible. Un arrêt de la Cour de cassation a par ailleurs indiqué qu'il était possible, dans un pacte de famille, d'intégrer une clause compromissoire. En matière internationale, un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2011 porte sur une sentence arbitrale sur la question de la fiscalité.

S'agissant du testament, la première question qui se pose est de savoir comment mettre en œuvre l'arbitrage. Un certain nombre de limites sont posées: si le droit est indisponible, il n'est pas possible de dresser de clause compromissoire. S'agissant de l'ordre public successoral, d'autres difficultés se posent: la réserve héréditaire, les pactes sur succession future, les discriminations entre héritiers en raison de leur sexe, de leur religion, etc., la place des héritiers dans les successions, les réalités d'un autre mariage ou d'un autre lit, etc. Il n'est donc pas possible, dans un testament, de rédiger une clause compromissoire. S'agissant de la prohibition des pactes sur succession future, le testament est, par définition, une forme de pacte sur succession future. Il ne peut lui-même renfermer un pacte sur succession future. Cependant, l'arbitre, aujourd'hui, n'est plus en opposition avec le maintien d'une règle d'ordre public; il devient le juge pour déterminer s'il s'agit d'une règle d'ordre public et jusqu'à quel point il est ou non empêché. Si le testament a été rédigé dans un autre pays, dans des règles respectueuses de celui-ci, le juge français ne verra pas d'opposition à exequaturer une décision internationale dans laquelle le testament a enfermé une clause prévoyant le recours à un arbitre. L'inclusion dans le testament d'une clause prévoyant le recours à un arbitrage met cependant une charge sur la succession. Il se pose donc la question de savoir si cette charge complémentaire pose un problème en termes de réserve. Le juge arbitral ou étatique devra donc étudier cette difficulté. En ce qui concerne la forme de la convention d'arbitrage, les héritiers doivent s'entendre pour soumettre tout ou partie à l'arbitrage. Il est en effet impossible de prévoir une clause compromissoire préalable au décès. Un compromis d'arbitrage est donc organisé entre les héritiers. Dès l'instant où celui-ci est signé après l'ouverture de la succession et où les seuls héritiers se sont accordés sans l'intervention du défunt, il ne pose pas de difficulté.

Une autre question porte sur les sujets soumis à l'arbitrage dans le cadre du testament. S'agissant de la validité au fond du testament, il n'est pas possible d'arbitrer la capacité de la personne ayant testé. En revanche, la forme du testament, son interprétation, le choix de l'exécuteur testamentaire, l'évaluation et l'inventaire de la succession testamentaire peuvent être arbitrés. Il n'est cependant pas possible d'arbitrer sur la qualité d'héritier ni sur l'état des personnes, mais l'intérêt d'inverser le processus peut être interrogé. L'arbitre ou le tribunal arbitral est alors saisi, et dans l'hypothèse où se pose une question d'ordre public, celui-ci sursoit à statuer et soumet la question au juge étatique. Il est par ailleurs possible d'arbitrer sur la revendication des créances et la charge fiscale de la succession. S'agissant de la réduction des libéralités, notamment portant atteinte à la réserve héréditaire, cette dernière ne recouvre pas un caractère d'ordre public international. Dans certains cas, il est donc possible d'arbitrer sur cette matière. En France, pour l'heure, les auteurs restent réservés



et cette question pose une véritable difficulté. S'agissant du recel successoral, le juge arbitre ne peut se saisir de cette question, qui doit lui être soumise.

Enfin, en ce qui concerne l'absence de publicité, celle ne vaut plus lorsque l'arbitrage est soumis au juge étatique pour déterminer s'il est valide. Cette question s'est posée dans l'affaire Vasarely. L'arbitre choisi était le notaire des héritiers, placé en situation de conflit d'intérêts et qui a favorisé les héritiers au détriment de la fondation Vasarely.

Parmi les questions ouvertes, il s'agit notamment de savoir comment intégrer l'arbitrage dans les conventions des avocats.

Emmanuel RAVANAS, avocat au barreau de Paris

En matière successorale, les questions d'état des personnes et les questions ne pouvant être tranchées que par le juge étatique se posent beaucoup moins. En conséquence, la pratique de l'arbitrage peut s'offrir plus vastement. Par ailleurs, les voies amiables sont toujours préférables à l'aléa du juge étatique, voire du juge arbitral. Pour autant, certains accords ne se déclenchent qu'après que certains points aient été tranchés, par exemple la question de la loi applicable.

Nous constatons d'abord une extrême lenteur de la matière successorale, réputée pour être la plus lente à être traitée en matière civile. J'identifie à cela deux raisons: la complexité de la matière (ainsi que la faiblesse des moyens) d'une part et l'organisation structurelle de l'inefficacité de la matière d'autre part. En effet, le législateur a structuré cette inefficacité par l'article 1364 du Code de procédure civile, qui dispose: « Si la complexité des opérations le justifie, le tribunal désigne un notaire pour procéder aux opérations de partage et commet un juge pour surveiller ces opérations. » Ces dispositions conduisent à des renvois incessants entre le juge et le notaire, et cette matière prend des années pour être tranchée.

Dans une affaire récente, il se pose en premier lieu la question du tribunal compétent, qui fera l'objet d'un premier jugement. La deuxième question est celle de la loi applicable à la succession. Si la loi française est retenue, la troisième question porte sur la validité d'un trust défini dans un ordre juridique qui n'est pas français. L'ouverture des opérations de compte, liquidation et partage donne ensuite lieu à la nomination d'un notaire, avec des difficultés considérables. Chacune de ces décisions est susceptible de faire l'objet d'un appel et d'un pourvoi en cassation. Ainsi, pas moins de 12 phases judiciaires pourraient être nécessaires pour trancher cette question. Nous vivons par ailleurs dans un monde en matière de divorce, mais aussi de succession, à l'aune du règlement européen de 2012, entré en vigueur en 2015, et qui s'illustre par une volonté d'harmoniser la compétence législative et juridictionnelle, en faisant en sorte que le juge applique la loi nationale. Une des difficultés majeures des successions internationales a par ailleurs trait à la question du rattachement. En effet, si le règlement permet la *professio juris*, dans la majorité des cas, celle-ci n'est pas appliquée. Il s'agit dès lors de situations mal organisées, où se posent des questions de rattachement. Le critère de l'article 21, sur la résidence habituelle, mentionne les « liens manifestement plus étroits du défunt avec un pays ».

Toute l'utilité de l'arbitrage, qui permet de réduire ces phases et d'œuvrer à un mouvement d'unification de la procédure, apparaît alors. Le tribunal arbitral serait en effet capable de trancher



l'ensemble des points, à la fois les questions de principe et les questions liquidatives. S'agissant de la question de la réserve héréditaire, elle est indirectement tranchée par la question de la loi applicable.

En ce qui concerne la possibilité de l'arbitrage international, je vous renverrai à la doctrine, notamment au professeur Fulchiron, qui considère que dès lors que la succession internationale participe d'échanges patrimoniaux internationaux, un arbitrage international peut être conduit sur cette matière. Par ailleurs, le droit des successions s'inscrit dans la lignée du droit de la filiation. La première strate doit ainsi être établie avec certitude, sans contestation possible. S'agissant de la forme de l'arbitrage, la présence de mineurs renvoie à l'article 506 du Code civil, qui interdit le recours à l'arbitrage sans soumission au juge des tutelles, ce qui affecte directement les aspects de célérité, de discrétion et de confidentialité. En ce qui concerne la clause compromissoire, la difficulté apparaît aisément en matière testamentaire, puisqu'elle reviendrait à compromettre avec soi-même. En revanche, nous pourrions imaginer un mécanisme permettant à une personne d'émettre le souhait qu'un éventuel différend soit tranché par arbitrage, et de prévoir que l'héritier qui le refuserait serait privé de toute part dans la quotité disponible. Il s'agirait ainsi d'une incitation assez forte à déployer le mécanisme de l'arbitrage. Sur la question de l'insertion de la clause compromissoire dans un acte, les contentieux sont relativement rares au cours de la vie de la libéralité, mais interviennent lors du décès. Par ailleurs, le périmètre naturel de la clause compromissoire serait la donation ou la donation-partage, et non pas une vision globale de l'entière succession. De plus, la figure du pacte successoral, prévue par le règlement de 2015, permettrait d'imaginer une convention dont le seul objet serait de prévoir, entre héritiers en capacité de signer, le recours à un arbitrage en cas de difficulté. Enfin, l'arbitrage peut être envisagé sur une partie de la succession. Il s'agirait alors de trancher dans un premier temps des questions de principe (loi applicable notamment) et dans un second temps l'ensemble des difficultés liquidatives, ce qui permettrait de gagner un temps considérable.

Maximin de FONTMICHEL, maître de conférences HDR, directeur du Master Arbitrage & Commerce international de la faculté de droit et de science politique de l'Université de Versailles — Saint-Quentin (Paris Saclay)

En ce qui concerne l'utilité de l'arbitrage en matière de succession internationale, au-delà de la concentration de plusieurs phases processuelles devant un seul et même for, qui peut être indéniablement intéressante, il faut mettre aussi en avant la force de la sentence arbitrale internationale au stade de l'exécution par rapport aux accords résultants de procédures amiables. L'accord qui résulte d'une procédure de médiation ou de conciliation est habituellement une transaction qui, même homologuée en matière internationale, n'est pas une décision de justice. C'est ce que la Cour de cassation a encore affirmé dans une décision récente de 2017. Elle peut ainsi être mise en cause devant le juge de l'exécution. Cette faiblesse congénitale à l'accord de médiation à l'international peut être prise en compte lorsqu'il s'agit de traiter un litige en matière de succession internationale. En effet, une partie anglo-saxonne par exemple, connaissant la force d'une décision de justice arbitrale, fera en sorte que la transaction soit retranscrite dans une sentence arbitrale afin de bénéficier de l'exécution quasi automatique dans 159 pays rendue possible grâce à la Convention de New York de 1958, convention phare dans le domaine de l'arbitrage international.

De la salle



Je ne suis pas certain qu'il faille vouloir tout arbitrer dès à présent, en matière familiale. Nous devons donc nous demander dès à présent où et comment intégrer les clauses compromissoires. Les conventions valides sont en augmentation. Il est possible d'y intégrer l'arbitrage. Je pratique personnellement le processus collaboratif, où nous pourrions intégrer, dès le contrat de participation au processus collaboratif, voire au processus participatif, de l'arbitrage pour certaines questions, notamment l'évaluation de la prestation compensatoire. Cette intégration pourrait également intervenir plus tard dans le processus collaboratif, par exemple au moment des options. L'arbitre devrait systématiquement être une de ces options.

Sur la question du divorce, je milite pour la suppression de la faute comme cause de divorce. Les causes de divorce se trouveraient cependant nettement raréfiées, et il serait dès lors possible de divorcer en déposant une requête, ce qui pourrait changer la vision de l'arbitrage et faire évoluer la matière.

Une intervenante

Nous avons essayé de supprimer le divorce pour faute mais n'y sommes pas parvenus, une partie de la profession y étant opposée. Nous ne devons pas attendre la suppression de la faute pour trouver une solution sur l'arbitre et le prononcé du divorce. Cette solution existe déjà dans le consentement mutuel.

Une intervenante

Le recours à l'arbitrage procède d'un élan consensuel pour soumettre le litige à un juge non étatique. Il ne s'agit pas d'un mode amiable.

De la salle

Comment les arbitres seront-ils choisis?

Un intervenant

L'arbitre est obligé de révéler ses liens avec les parties, en droit commercial de l'arbitrage comme dans les procédures plus spécifiques. Cette obligation de révélation est d'ordre public. Si la révélation n'est pas exhaustive, l'arbitre s'expose à une récusation en cours de procès. *A posteriori*, sa sentence serait annulée. Il existe donc des garde-fous connus et éprouvés.

L'arbitre peut être unique, et doit dans ce cas faire l'objet d'un commun accord entre les parties. Il s'agit généralement d'autorités qui font consensus. S'il s'agit d'un arbitrage collégial, chaque partie désigne un arbitre, et ceux-ci désignent le président du tribunal arbitral.

De la salle

Un avocat doit-il effectuer des démarches spécifiques pour devenir arbitre?



Une intervenante

Déontologiquement, non.

Un intervenant

Il s'agit d'une mission temporaire, accordée tant que l'avocat siège en tant qu'arbitre. Certaines formations sont dispensées dans des centres d'arbitrage spécialisés. Il ne s'agit toutefois pas d'un prérequis législatif ou réglementaire. De plus, l'avocat est couvert par le barreau d'un point de vue assurantiel.

Une intervenante

Il est prudent, sur certaines affaires, lorsque les enjeux économiques sont importants, de souscrire une assurance complémentaire. Nous ne sommes en effet garantis que jusqu'à un certain seuil. Il est possible de le faire de façon ponctuelle, pour une affaire.

Thomas CLAY, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), Avocat au Barreau de Paris, Co-fondateur du groupe de travail Arbitrage du CNB

Cette question est dans la lignée de l'objectif de ce colloque: comment développer l'arbitrage et son champ? Cela passe par le développement du nombre d'arbitres. L'arbitrage n'est pas une profession, et chacun peut être arbitre. Aucune formation n'est de surcroît requise, bien qu'il soit possible de se spécialiser en la matière, comme l'arbitrage et commerce international de l'Université de Versailles — Saint-Quentin (Paris Saclay). A la faveur de la réforme de 2011, qui a emporté la refondation de l'arbitrage dans le Code de procédure civile, aux articles 1442 et suivants, celui-ci est beaucoup plus intelligible et accessible. Un code de l'arbitrage peut être utilisé par tous les juristes et non-juristes. Nous avons complété cette réforme, au CNB, par une série d'actes types qui sont accessibles sur le site internet du CNB afin que chacun puisse s'en emparer (<https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/le-conseil-national-des-barreaux-publie-la-3e-edition-des-cahiers-de-larbitrage>). Tout cela participe de la volonté de multiplier et de développer l'arbitrage pour le plus grand nombre d'acteurs, de praticiens et de parties concernées.

De la salle

Ma question s'adresse à Monsieur Barbe. La Suisse accepte les clauses compromissoires. En cas de sentence arbitrale successorale, la cour d'appel ne voit pas d'objection à exéquaturer. Vous avez évoqué la contradiction vis-à-vis du pacte sur succession future.

Guillaume BARBE, avocat au barreau de Paris



Il me semble que ces clauses compromissaires ne touchent pas au patrimoine. Il n'est pas question de renoncer à un droit, mais d'organiser les modalités dans l'hypothèse d'un contentieux, afin de le résoudre. Il ne me semble donc pas que nous rentrions ici dans le sillon de ce pacte sur succession future, qui fait l'objet d'exceptions croissantes au sein de notre droit.

Plus largement, si nous acceptons de poser un regard distancié sur cette matière, qu'il s'agisse du divorce ou de la matière successorale, les contentieux difficiles dont la durée est la plus élevée sont les contentieux patrimoniaux. Si des aspects personnels peuvent intervenir dans les questions de divorce, qu'il n'est pas question de trancher par arbitrage, toutes les questions patrimoniales sont du ressort naturel de l'arbitrage. Cette observation est particulièrement avérée en matière de succession, qui ne recouvre pas de questions personnelles. Le problème qui se pose est celui de l'inefficacité de la matière. Pour les besoins de l'article 829 alinéa 2, les biens doivent être évalués au plus proche du partage. Or les valeurs peuvent évoluer, conduisant à des rapports d'expertise successifs. Le traitement par la justice étatique de cette forme de contentieux paraît dès lors extrêmement inadapté.

Une intervenante

Pourquoi ne serait-il pas question de faire trancher des points personnels par des arbitres? L'arbitre, comme le juge, est un être humain. Dès l'instant où des individus s'accordent à considérer que le litige ne doit pas être jugé par une personne qu'ils ne connaissent pas, mais plutôt par une personne qu'ils choisissent et qui présente les mêmes garanties, sous réserve des ajustements évoqués plus tôt, ces difficultés personnelles me semblent pouvoir être tranchées par cette personne.

Guillaume BARBE, avocat au barreau de Paris

Sur les matières de la filiation, en particulier, et notamment les questions de réserve héréditaire, je comprends que le débat puisse être ouvert, mais je ne suis pas certain que nous y soyons prêts, tant les questions d'état civil sont extrêmement importantes et encore entre les mains du pouvoir étatique.

De la salle

En matière de médiation, la formation est assez contraignante. Ici, l'arbitre devra prendre la place d'un magistrat ou d'un avocat, dans des affaires extrapatrimoniales voire patrimoniales très importantes. Ce phénomène m'interpelle.

Louis DEGOS, avocat, responsable du groupe de travail Arbitrage du CNB, président de la commission Prospective du CNB, ancien membre du Conseil de l'Ordre de Paris

Comme pour la médiation, aucun texte ne pose d'exigence de formation. Or un médiateur ne s'engage pas dans la médiation sans être formé. Il en sera de même pour l'arbitrage; nous avons des obligations déontologiques de compétence qui justifient cette formation. Au stade actuel, en revanche, il n'existe aucune exigence particulière. Mes confrères ont par ailleurs fait état d'une possibilité d'assurance groupe auprès du barreau. Je vous invite cependant à étudier la situation dans



chaque barreau, où les pratiques peuvent être hétérogènes. De plus, les assureurs connaissent notre obligation de compétence, et une fois les sinistres survenus, les litiges de couverture sont légion.

Un intervenant

Un arbitre désigné est juge, et doit respecter les règles du procès équitable, sans quoi la sentence sera annulée. En matière commerciale, les institutions qui disposent de listes d'arbitres veillent à ce que ces personnes soient compétentes. S'agissant de l'arbitrage *ad hoc*, qui est administré en dehors du cadre institutionnel, les conseils des parties désignent des arbitres dont ils connaissent la compétence dans un domaine particulier pour faire face à un contentieux arbitral.

De la salle

Une réponse consisterait à privilégier un arbitrage institutionnel en matière de droit de la famille, plutôt qu'un arbitrage *ad hoc*. Existe-t-il aujourd'hui des centres d'arbitrage en droit de la famille, qui permettraient de rassurer, de fédérer, et de s'assurer que les compétences sont garanties?

Une intervenante

Une personne qui a le libre choix de son arbitre confiera l'arbitrage à une personne lestée de sa confiance, induite par la capacité de cette dernière à appréhender le litige et lui trouver des solutions pertinentes.

Un intervenant

Cette piste doit être privilégiée. L'institution aidera d'un point de vue logistique ces primo arrivants, qui étaient des avocats, des notaires spécialisés en droit de la famille ou des experts juridiques. Ce centre représente un coût supplémentaire, qui reste cependant raisonnable au vu de l'aide qu'il peut apporter.

Un intervenant

Il n'existe à ce jour aucun centre d'arbitrage spécialisé dans la famille ou la succession. Des prestataires de service, qu'ils soient avocats ou non, s'empareront de ces activités. Il nous appartient donc de nous y préparer, certainement au niveau du CNB. Les initiatives sont les bienvenues. Depuis quelques siècles, en matière commerciale, ou depuis quelques décennies en matière d'investissement, les praticiens se sont dotés d'outils d'encadrement pour créer des centres d'arbitrage, de médiation ou de formation à l'arbitrage et la médiation. Pour la médiation, il est possible de s'adresser au CNME au sein du CNB. Il ne s'agit pas d'un centre de formation, mais il contrôle le fait que les avocats disposent des prérequis nécessaires en la matière. S'agissant de l'arbitrage, il existe un certificat de spécialisation, délivré par le CNB.



Maximin de FONTMICHEL, maître de conférences HDR, directeur du Master Arbitrage & Commerce international de la faculté de droit et de science politique de l'Université de Versailles — Saint-Quentin (Paris Saclay)

Le Master Arbitrage et commerce international de l'Université de Versailles — Saint-Quentin-en-Yvelines propose justement une formation optimale pour l'avenir des praticiens.

Merci à tous les orateurs de cette matinée.



ARBITRAGE ET ENTREPRISE

Louis DEGOS, avocat, responsable du groupe de travail Arbitrage du CNB, président de la commission Prospective du CNB, ancien membre du Conseil de l'Ordre de Paris

En propos introductifs, les professeurs Bruno Dondero et Philippe Stoffel-Muck nous parleront des nouvelles perspectives de l'arbitrage dans le droit de l'entreprise, voire le monde de l'entreprise. Nous allons même parler d'appel d'air pour l'arbitrage. Merci pour votre participation.

Philippe STOFFEL-MUNCK, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

La loi J21² a ouvert les horizons de l'arbitrage. Au sein de l'entreprise, un certain nombre de questions qui n'étaient pas nécessairement susceptibles d'être tranchées par un tribunal arbitral le sont désormais. Le compromis était toujours possible, même dans les relations avec les salariés, notamment les cadres supérieurs, mais on ne pouvait pas en dire autant de la clause compromissoire, que la jurisprudence jugeait tantôt nulle tantôt inopposable au salarié. L'article 2061, dans son évolution, a permis de supprimer les hypothèses dans lesquelles la nullité de la clause compromissoire aurait pu être plaidée, sans pour autant restreindre les hypothèses où son respect n'est qu'optionnel pour la partie non professionnelle. En termes de bilan, la loi J21 doit aussi être rapprochée de textes spécifiques du Code de commerce, comme l'article 631, devenu L721-3 et de l'article L721-5, qui ouvraient depuis longtemps à l'arbitrage nombre de litiges internes à l'entreprise. Ainsi, l'article L721-3 admet la clause compromissoire pour les contestations "relatives aux sociétés commerciales". De son côté, l'article L721-5 dispose qu'à l'égard des professions libérales exerçant sous forme sociétaire, "les associés peuvent convenir dans les statuts de soumettre à des arbitres les contestations qui surviendraient entre eux pour raison de leur société". Quant aux litiges externes à l'entreprise, le Code de commerce les ouvrait lui aussi largement à l'arbitrage, l'article L721-3 visant également "les contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux", ainsi que "celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes". L'article 2061 a généralisé davantage encore cette faveur pour l'arbitrage en permettant toujours la clause compromissoire, quitte à ce que sa force contraignante puisse être écartée par "celui qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle". Cette évolution me semble positive, en ce qu'elle constitue le début d'une dynamique nouvelle. Après avoir traité les horizons ouverts par la réforme de la clause compromissoire au sein de l'entreprise, nous verrons qu'il est judicieux de les investir, car une autre réforme rend plus intéressant le recours à l'arbitrage: la réforme du droit des contrats. En effet, par l'accroissement inouï des pouvoirs qu'elle offre au juge, cette réforme peut inviter ceux qui se soucient de la sécurité juridique à confier leur litige à des arbitres qui disposent de la culture du milieu professionnel au sein duquel le contrat opère, plutôt qu'aux tribunaux judiciaires, où celui qui tranchera le litige n'a qu'une connaissance restreinte de l'entreprise et de son univers.

² Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle



Bruno DONDERO, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

L'arbitrage appliqué au monde de l'entreprise, et plus particulièrement aux relations sociétaires ou aux contentieux liés aux sociétés, suscite depuis longtemps des interrogations. Avant même la réforme J21, les sociétés connaissaient l'arbitrage, qui était lié notamment à la compétence commerciale. Il était en effet possible de mettre en place une clause compromissoire dans l'hypothèse de la compétence du tribunal de commerce. Peuvent être soumises à arbitrage toutes les contestations relatives aux sociétés commerciales. Une cession d'actions ou de parts, qui relève de la compétence du juge commerciale, peut ainsi être soumise à l'arbitrage. Un doute portait auparavant sur le champ d'application de la compétence commerciale qui visait la contestation entre associés pour raison d'une société de commerce. Cela entraînait des incertitudes sur la compétence, s'il ne s'agissait pas d'une cession de contrôle, et donc d'un acte de commerce pour lequel le tribunal de commerce disposait d'une compétence complète. La formule actuelle renvoie quant à elle à la « contestation relative aux sociétés commerciales ».

Philippe STOFFEL-MUNCK, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

S'agissant des cessions de titres, l'article L721-3 du Code de commerce règle la question au sein des sociétés commerciales, on l'a dit. Dans les autres cas, la vigueur de la clause compromissoire relève de l'article 2061, ce qui laisse ouverte une question: celle des sociétés non commerciales. En effet, l'article L721-5 ne concerne qu'un certain type de sociétés, les sociétés d'exercice libéral. Restent donc les sociétés civiles, et l'hypothèse dans laquelle un associé céderait ses parts alors que cette personne n'est pas commerçante, que la société n'est pas commerciale et que l'activité de cette personne n'est pas de détenir et de céder ses parts. Quand un tel associé cède ses parts, il n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle. La clause compromissoire reste alors valable, mais relève vraisemblablement de la compétence optionnelle du deuxième alinéa de l'article 2061, qui prévoit que lorsque le contrat, en l'espèce de cession de parts, n'est pas convenu dans le cadre de l'activité professionnelle des parties, l'efficacité de la clause compromissoire est optionnelle pour la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle.

Bruno DONDERO, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

Il demeure en effet une importante zone d'incertitude vis-à-vis de l'article 2061, dans sa rédaction nouvelle, incertitude qui résulte de la jurisprudence de 2012. Le problème se posait auparavant, certes de façon moins aiguë, lorsqu'il était indiqué que l'arbitrage devait prendre place dans un litige né à raison de l'activité professionnelle. Sont alors concernées les contestations entre associés, les litiges relatifs à une cession de droits sociaux ou à un pacte d'associés. S'il s'agit d'établir la preuve que les associés parties au litige le sont en raison de leur activité professionnelle, une interrogation demeure pour toutes les sociétés qui ne sont pas commerciales et qui ne font pas l'objet d'un texte spécial, notamment si certains associés sont des investisseurs et d'autres ne le sont pas à un niveau qui permettrait de les qualifier de professionnels de l'investissement. Nous faisons déjà ce constat il y a



quelques années. L'appel d'air promis par la réforme de l'article 2061 doit donc s'entendre avec ce risque.

Tous les litiges relatifs à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution de la société peuvent être soumis à la clause compromissoire. Pour les litiges relatifs à une cession, deux arrêts de la Cour de cassation de 2007 et 2008 ont précisé qu'une contestation relative à une société commerciale couvrirait la cession des droits sociaux des actions ou des parts sociales. S'agissant du pacte d'actionnaires, en dépit d'une jurisprudence claire de la Cour de cassation, il s'agit d'une des zones de contentieux les plus importantes.

Philippe STOFFEL-MUNCK, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

S'agissant des litiges internes à l'entreprise, nous avons vu l'hypothèse de la cession de titres et celle des litiges entre associés. Nous devons aussi parler des litiges potentiels avec les autres acteurs de l'entreprise, comme les salariés, les dirigeants et les dirigeants salariés. La réforme apportée par la loi J21 ne semble rien changer en la matière. En effet, la jurisprudence quant à la valeur de la clause compromissoire à l'égard des salariés était dans la dépendance de la compétence exclusive que le Code du travail confère aux conseils de prud'hommes pour les litiges individuels du travail. En matière internationale, la Cour de cassation avait établi que la clause compromissoire n'était pas nulle, mais ne pouvait en effet faire échec à la compétence exclusive du conseil des prud'hommes; elle était inopposable. La solution apportée par l'article 2061 est la même. Sous réserve de considérer que le salarié ne contracte pas dans le cadre de son activité professionnelle, il est donc indifférent qu'on approche la question du litige international de travail sous l'égide de l'alinéa 2 de l'article 2061 ou sous l'égide de la jurisprudence ancienne; la solution est la même: le respect de la clause compromissoire est optionnel pour le salarié. En matière interne, une évolution a pu être observée, au point qu'aujourd'hui, la solution me semble s'être alignée sur la matière internationale. Et même lorsque le salarié est dirigeant, sa qualité de salarié l'emporte. C'est ce qu'a jugé l'arrêt Deloitte de 2011, qui a aussi permis de considérer que le principe compétence/compétence ne s'appliquait pas en matière de litiges relevant de la compétence du conseil des prud'hommes. Par conséquent, le tribunal arbitral n'a pas la maîtrise de sa propre compétence en la matière, et le conseil des prud'hommes peut se reconnaître compétent en dépit d'une clause compromissoire convenue dans la relation unissant l'entreprise employeur et le dirigeant salarié de cette entreprise.

Bruno DONDERO, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, (Université Paris 1)

L'impact du projet de loi PACTE³ sur les clauses compromissoires semble de prime abord éloigné de nos préoccupations. La volonté d'injecter davantage de social dans l'entreprise pose cependant un certain nombre de questions. Elle est finalement passée par le droit des sociétés et les intérêts que le dirigeant doit défendre. Ainsi, la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux des activités de la société devient un problème sociétaire. Si les statuts comprennent une clause

³ *Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises,*



compromissoire, permettant de soumettre à arbitrage les litiges entre associés, entre le dirigeant et la société ou entre le dirigeant et les associés, le fait que le dirigeant se voie reprocher de ne pas avoir suffisamment tenu compte des aspects sociaux et environnementaux de l'activité sera soumis à la clause compromissoire.

Le projet de loi PACTE permettra en outre aux sociétés de faire figurer dans les statuts, de manière facultative, une raison d'être, dont la teneur est encore incertaine. Il pourra ainsi être reproché au conseil d'administration d'une société anonyme (dont le droit a vocation à évoluer) de ne pas avoir pris en compte cette raison d'être, ce qui pourra un nouveau contentieux arbitral. La grande préoccupation consiste à savoir si des acteurs autres que les actionnaires ou la société (telles que des associations) pourront reprocher au dirigeant de ne pas avoir tenu compte de ces aspects particuliers.

Philippe STOFFEL-MUNCK, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

S'agissant de la sphère externe, c'est-à-dire des relations de l'entreprise avec le monde extérieur, il est intéressant de croiser les évolutions amenées par la loi J21 et les apports de la réforme du droit des contrats. Il convient alors de distinguer l'hypothèse dans laquelle le tiers à l'entreprise est un non-professionnel et celle où il est un professionnel.

Si le litige qu'il s'agit de trancher est un litige contractuel résultant d'un contrat passé avec un non-professionnel, en vertu de l'article 2061, la compétence du tribunal arbitral est optionnelle. Les premiers concernés sont les consommateurs. A l'heure du commerce électronique, la faculté de faire trancher les litiges par voie extrajudiciaire peut être très utile, à condition qu'existent des institutions d'arbitrage à même de trancher ces contentieux. Or tel n'est pas le cas à ce jour. La mise en place d'outils permettant une résolution simple, rapide et peu coûteuse des litiges dans le contentieux de masse constituerait une voie intéressante pour le développement de l'arbitrage dans ces domaines. La faveur du droit contemporain pour les modes alternatifs de règlement des litiges incite à se tourner vers l'arbitrage, à condition que celui-ci soit adapté à la faiblesse relative de l'enjeu des litiges. Des plateformes électroniques pourraient ainsi offrir des outils pratiques. Au-delà des consommateurs, l'arbitrage est possible contre le bailleur commercial ou une société civile immobilière sans activité commerciale, ainsi que pour un vendeur immobilier, mais demeure optionnel pour ces personnes.

Si on en revient aux consommateurs, il faut aussi coordonner l'article 2061 avec les textes du droit de la consommation, et notamment avec le droit des clauses abusives. En effet, celui-ci envisage la question de la clause compromissoire. L'article R212-2 du Code de la consommation fait figurer la clause compromissoire dans la liste des clauses grises, c'est-à-dire présumées abusives, donc sources d'un déséquilibre significatif. Comme l'article 2061 dispose que la clause est optionnelle pour le consommateur, le risque d'abus n'apparaît plus. Il n'y en effet plus d'entrave ou de suppression de l'exercice normal des voies de recours, mais proposition d'une alternative. Eu égard à la réforme de la loi J21, le risque de voir une clause compromissoire être qualifiée de clause abusive me semble donc avoir disparu.

En revanche, dans les contrats conclus avec les professionnels, c'est-à-dire lorsque la clause compromissoire est obligatoire, l'article 1171 du Code civil, depuis la réforme du droit des obligations,



dispose que dans les contrats d'adhésion, le juge peut écarter toute clause non négociable source d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Cet article a généralisé, jusque dans les relations d'affaires, un dispositif inspiré du droit des clauses abusives fixé par le Code de la consommation. Dans l'hypothèse d'une clause compromissoire passée dans un contrat entre une entreprise et un professionnel, la compétence du tribunal arbitral, résultant de la clause compromissoire, n'est cependant pas optionnelle. Il se repose dès lors la question, à la lumière de l'article 1171 nouveau, du caractère abusif de la clause compromissoire. Si le juge de droit commun puise son inspiration dans le droit de la consommation, il risque d'en présumer le caractère abusif, par analogie avec l'article R212-2 du Code de la consommation jusque dans la relation entre professionnels. De plus, l'article L442-6 I.2. du Code de commerce dispose que, dans les relations d'affaires, engage sa responsabilité celui qui soumet ou tente de soumettre son partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif dans la relation. Or il a été admis que les clauses à effet processuel tombaient dans le champ d'application de ce texte.

Paradoxalement, la réforme J21, en rendant optionnelle la compétence du tribunal arbitral dans les relations avec les non-professionnels, a ainsi écarté le risque que le droit des clauses abusives faisait peser sur la clause compromissoire. La réforme du droit des obligations, en revanche, en dupliquant le droit des clauses abusives dans les relations entre professionnels, crée une difficulté nouvelle. Celle-ci se manifesterait spécialement au stade du recours en nullité contre la sentence, où le jeu de l'article 1171 permettrait de juger que le tribunal a statué sans convention d'arbitrage valable. Cela peut être redoutable, d'autant que si une partie est d'emblée saisie de l'argument du "déséquilibre significatif", il sera difficile de juger sa critique incohérente avec sa participation à la procédure d'arbitrage, à la manière dont l'article 1466 du Code de procédure civile déjoue les objections tardives. Ce point rend d'autant plus importante la question de la délimitation du champ d'application de l'article 1171 du Code civil, qui ne s'applique qu'à l'égard des clauses non-négotiables contenues dans les contrats d'adhésion. Mais où s'arrête la notion de contrat d'adhésion?

Les travaux parlementaires de la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 répondent à toutes les questions que nous nous posons. A la question de savoir si un pacte d'actionnaires est un contrat d'adhésion, les travaux parlementaires répondent par la négative.

La question se pose en outre de savoir si l'article 1171 s'applique aux domaines couverts par l'article L442-6 du Code de commerce. A nouveau, les travaux préparatoires offrent ici une réponse claire, et négative. Ces travaux préparatoires ne lient cependant pas le juge. Il appartiendra donc à la jurisprudence de la Cour de cassation d'apporter une réponse à ces questions.

Bruno DONDERO, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, (Université Paris 1)

Le débat concernant la partie faible confrontée à la clause compromissoire est apparu lors de l'extension à toutes les contestations relatives aux sociétés commerciales de la clause compromissoire, certains considérant que les parties faibles dans les cessions de droits sociaux, parts ou actions, perdraient leurs droits parce qu'elles n'auraient pas les moyens de mettre en œuvre l'arbitrage.



S'agissant du pacte d'actionnaires, une décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 juin 2018 redonne de la force aux pactes, et "sauve", si l'on peut dire, une partie du contentieux arbitral sur les pactes. En 2007, la Cour de cassation avait considéré que si un pacte est vu comme un contrat à durée indéterminée, il peut être résilié. L'arrêt de 2018 concernait un pacte précisant qu'il valait 10 ans. Les salariés actionnaires avaient l'obligation de céder leurs actions aux autres actionnaires parties au pacte, et l'interdiction de les vendre à des tiers. Un salarié actionnaire a souhaité désobéir au pacte, qu'il a donc résilié. La Cour d'appel de Paris, et avant elle le tribunal de commerce, a considéré que le pacte n'existait plus, et qu'il ne prévoyait pas de sanction pour sa résiliation abusive. La vente a donc été considérée comme valablement conclue. La Cour de cassation a pour sa part considéré que le pacte ne pouvait être remis en cause, précisant que les statuts prévoyaient que les cessions d'actions faites en violation du pacte étaient nulles. Il s'agit d'un véritable apport pour toutes les SAS, en plus d'une décision rassurante sur les pactes.

Julie SPINELLI, avocate au barreau de Paris

Nous vous proposons de voir ensemble trois cas spécifiques où l'arbitrage rencontre la vie de l'entreprise. Pierre Duprey nous parlera des pactes d'actionnaires et de leurs affinités avec l'arbitrage, ainsi que de la portée de la clause compromissoire contenue dans les pactes d'actionnaires. Jean du Parc évoquera le dirigeant caution et les conditions dans lesquelles un créancier peut attirer le dirigeant caution devant un tribunal arbitral, et vice versa. Hubert Flichy, enfin, expliquera en quoi l'arbitrage offre une solution souple et légale aux litiges en droit du travail, notamment relatifs à la rupture du contrat de travail.

Pierre DUPREY, avocat au barreau de Paris

La réforme récente du droit des contrats, l'accent mis sur la responsabilisation des parties et l'incitation toujours plus forte à régler un certain nombre de différends par l'insertion de clauses dédiées, sont autant de facteurs qui favorisent aujourd'hui un renouveau de l'arbitrage en matière de litiges relatifs aux pactes d'actionnaires.

On entend par « pactes d'actionnaires » des accords statutaires ou, plus fréquemment, extra-statutaires passés entre tous les actionnaires d'une société (ou associés), ou certains d'entre eux seulement, dans le but de régir certaines questions relatives à leurs relations, notamment l'exercice du pouvoir au sein de la société et les droits et obligations des signataires lorsque l'un d'eux envisage de céder ses titres. Ils ont ainsi vocation à régler des sujets importants de la vie de l'entreprise, à organiser les relations entre associés et entre associés et dirigeants. Leur validité est reconnue en vertu du principe de la liberté contractuelle, à condition qu'ils ne heurtent pas l'ordre public, qu'ils ne portent pas atteinte aux droits essentiels des associés, ni ne modifient l'organisation légale impérative de la société.

L'article L. 721-3 du Code de commerce offre aux parties concernées une grande latitude pour insérer une convention d'arbitrage dans les pactes d'actionnaires. Ces conventions peuvent en effet s'appliquer désormais à toutes « les contestations relatives aux sociétés commerciales ». La



formulation du nouveau texte, par opposition à l'ancien article 631 du Code de commerce, ouvre très largement l'usage de l'arbitrage dans les pactes d'actionnaires.

Ces pactes soulèvent des problématiques variées, souvent portées en arbitrage.

I. L'intérêt du choix de l'arbitrage dans les pactes d'actionnaires

Les litiges relatifs aux pactes d'actionnaires sont fréquemment réglés par voie d'arbitrage. Ce mode de règlement des litiges présente effectivement de nombreux avantages (1.), bien que certains inconvénients puissent découler de la spécificité des litiges liés à un pacte d'actionnaires (2.).

1 Les avantages

Le choix de l'arbitrage permet notamment :

- De soustraire le litige aux règles de droit commun de compétence juridictionnelle et d'apporter plus de souplesse, notamment avec la possibilité pour les parties de demander aux arbitres de statuer en amiable composition. Le recours à l'arbitrage permet aussi d'offrir aux actionnaires, lorsqu'ils sont de nationalités différentes, plus d'assurance d'un traitement exempt de considération nationale ;
- D'éviter une publicité néfaste à la société et à ses actionnaires grâce à la confidentialité qui encadre l'arbitrage. Cette confidentialité peut être particulièrement importante dans le contexte d'un pacte d'actionnaires, le plus souvent secret ;
- D'offrir davantage de souplesse sur le plan procédural : la rapidité de la procédure ; la compétence particulière des arbitres qui peuvent être spécialement compétents sur les questions de droit des sociétés et de conflits entre actionnaires ...

L'étendue des pouvoirs de l'arbitre est également l'un des avantages de l'arbitrage. A l'origine, l'une des raisons pour lesquelles l'arbitrage pouvait être considéré comme problématique dans les litiges entre actionnaires était l'impossibilité d'obtenir des injonctions provisoires. L'exécution contre une partie récalcitrante nécessite en effet toujours l'implication de juridictions étatiques.

- Initialement, l'inexécution du pacte d'actionnaires s'analysait en une violation d'une obligation de faire ou de ne pas faire, dont la sanction était l'allocation de dommages-intérêts. Le pouvoir de l'arbitre de condamner le débiteur à l'exécution en nature est désormais reconnu.
- De même, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats reconnaît par principe à tout créancier d'une obligation contractuelle le droit d'obtenir une satisfaction en nature soit de la part du débiteur défaillant (art. 1221 C. civ.), soit de la part d'autrui (art. 1222 C. civ.). La réparation en nature est une approche qui tend également à se développer dans l'arbitrage.⁴

⁴ Y. Laithier, La condamnation à l'exécution en nature, Rev. de l'arb. 2017, pp.11-25.



La jurisprudence française a également reconnu aux arbitres le pouvoir de prononcer une injonction de faire ou une astreinte.⁵

L'article 1470 du Code de procédure civile dispose que : « *Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires* ».

En droit comparé, ce pouvoir est parfois admis (Pays-Bas ; Belgique) mais peu connu dans le reste du monde.⁶ L'astreinte n'existe pas dans les pays de common law, mais il existe une menace d'ordre pénal (*contempt of court*) qui remplit une fonction comparable.

2 Les inconvénients

La convention d'arbitrage est inapplicable aux domaines qui relèvent de la compétence exclusive d'une juridiction étatique : les contestations nées de pactes d'associés relèveront donc en principe des juridictions étatiques lorsqu'elles ont trait notamment à l'exécution d'un contrat de travail⁷, à une procédure de redressement, de liquidation judiciaire ou encore mettant en cause la responsabilité délictuelle de l'une des parties.⁸

Les conventions d'arbitrage dans les pactes d'associés sont souvent applicables à plusieurs parties et sont dès lors susceptibles de soulever des problématiques associées à la nomination des arbitres dans les arbitrages multipartites. Le principe de l'effet relatif de la convention d'arbitrage peut également générer des difficultés sur lesquelles nous reviendrons plus loin.

Enfin, le choix d'inclure ou non une convention d'arbitrage dans un pacte d'actionnaires doit se faire en tenant compte des coûts, plus élevés, d'une procédure d'arbitrage par rapport à ceux d'une procédure judiciaire.

Les considérations de reconnaissance et d'exécution de sentence arbitrale ne constituent pas en revanche un véritable obstacle au choix de l'arbitrage grâce au bénéfice de la Convention de New-York.

II. Les problématiques rencontrées dans un arbitrage relatif à un pacte d'actionnaires

⁵ CA Paris, 7 oct. 2004, JCP G 2005, I, 134, obs. J. Ortscheidt qui relève que « *le prononcé d'astreintes ou d'injonctions constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise aucun dépassement de la mission de l'arbitre* ». En l'espèce le tribunal avait prononcé une injonction de respecter le pacte d'actionnaires, assortie d'une astreinte de 750 000 euros dès la première infraction aux injonctions.

C'est une solution bien établie en pratique : voir E. Jeuland, Note — cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. C), 7 octobre 2004, Rev. de l'arb., 2005, pp.741-750.

⁶ E. Jeuland, Note — cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. C), 7 octobre 2004, Rev. de l'arb., 2005, pp. 741-750.

⁷ La requalification de pactes d'actionnaires d'avenant à un contrat de travail est une voie d'opposabilité de ses dispositions à la société non signataire du pacte, mais par conséquence la clause compromissoire contenue dans le pacte est inopposable aux salariés : voir par exemple Cass Soc., 30 nov. 2011, n° 11-12.905, note G. Marain, Rev. des sociétés 2017, p. 542.

⁸ Cass Com., 14 avril 1992, n° 90-15.901.



Il faut tout d'abord se demander à qui la convention d'arbitrage est opposable (1.), et envisager les hypothèses d'extension de la clause (2.).

1 Opposabilité de la clause compromissoire contenue dans un pacte d'actionnaires

La convention d'arbitrage statutaire est opposable à l'ensemble des associés, qu'elle ait été adoptée dans les statuts d'origine ou à la suite d'une résolution approuvée par l'assemblée générale. Le fait que l'associé ait voté en défaveur de la résolution est à ce titre sans conséquence.⁹

En revanche, la convention d'arbitrage contenue dans un pacte extra-statutaire doit avoir été acceptée par l'ensemble des parties, en raison de la nature purement contractuelle de ces pactes.¹⁰

Dans certaines circonstances, il serait cependant possible d'opposer la convention d'arbitrage à la société non signataire du pacte dans laquelle elle est contenue, mais qui est l'objet de la cession découlant de ce pacte :

- Pour une convention d'arbitrage insérée dans un contrat de cession de parts sociales, la société dont les parts étaient cédées n'était pas partie au contrat de cession, mais constituait « l'objet » de la cession, la clause compromissoire doit donc lui être étendue.¹¹
- De même, la convention d'arbitrage peut être opposée aux fondateurs de la société non signataires du pacte d'actionnaires : CA Paris, 7 octobre 2004. Société Otor Participation.

1.1 Application de la convention d'arbitrage aux anciens ou futurs associés

Dans certaines circonstances, la clause compromissoire est opposable au futur associé ou à l'ancien associé :

○ Litiges liés à des opérations de souscription

Si le litige lié à une opération de souscription a trait à la mise en œuvre de la souscription, la convention d'arbitrage s'applique à l'intéressé, puisque le contrat constate son adhésion au pacte social. S'il survient du fait de l'existence même de la souscription, la convention d'arbitrage sera en principe inopposable à l'intéressé qui n'a pas encore la qualité d'associé.

○ Application de la clause à d'anciens associés

Les conventions d'arbitrage sont applicables aux anciens associés si le fait générateur du litige est intervenu alors qu'ils étaient encore associés, mais pas pour des litiges survenus après leur départ.¹²

2 Extension de la clause compromissoire

Du fait de la volonté des parties et de la nature conventionnelle de la convention d'arbitrage, elle a un effet relatif vis-à-vis des tiers. Or, les tribunaux arbitraux ont largement considéré qu'un consentement implicite de voir leurs litiges soumis à l'arbitrage comme mode alternatif de résolution de différends pouvait être déduit du comportement des parties. Ainsi, les effets de conventions

⁹ CA Douai, 1^{re} ch., sect. 1, 28 avril 2010, n° 09/08127, RDJA 2011, n°312.

¹⁰ S Schiller, Guide des pactes d'actionnaires et d'associés, 2018, p. 85, n°147.

¹¹ Civ 1, 10 oct. 2012, n° 10-20.797.

¹² D. Cohen, Arbitrage et société : LGDJ, 1993, p. 60.



d'arbitrage ont pu être étendus à des parties non signataires du pacte dans le cadre de contrats liés (3.1) ou de groupes de sociétés (3.2).

2.1 Dans les groupes de contrats

La jurisprudence française reconnaît qu'on puisse élargir à des tiers le champ de la convention d'arbitrage contenue dans un pacte d'actionnaires, lorsque ceux-ci sont signataires de contrats liés au pacte.

La Cour de cassation a jugé que « *les deux contrats* [pacte d'actionnaires et contrat séparé relatif à la fourniture de fonds] *étant indissociables pour assurer la viabilité économique de l'opération, la clause compromissoire était tacitement, mais nécessairement incluse dans le second contrat* ». ¹³

Pour une application contraire, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a statué dans le cadre d'une cession d'actions, où deux conventions avaient été conclues : l'une organisait la cession des actions proprement dite, et l'autre était relative à des missions de contrôle de la société dont les actions étaient cédées. La seconde convention contenait une convention d'arbitrage. Le cédant souhaitait se prévaloir de cette clause à l'encontre du cessionnaire. Or, la Cour a considéré que « *la clause d'arbitrage contenue dans le pacte d'actionnaires n'est pas opposable [au cessionnaire] parce qu'il ne ressort nulle part qu'elle ait eu connaissance de ladite clause et qu'elle ait manifesté la volonté d'être liée par la convention d'arbitrage* ». ¹⁴ On observera au passage que la question de la transmission de la convention d'arbitrage par cession de parts sociales aurait pu se poser en l'espèce. ¹⁵

2.2 Dans les groupes de sociétés

La jurisprudence française admet également que l'on puisse étendre à des tiers les effets de la convention d'arbitrage contenue dans un pacte d'actionnaires, lorsque ces tiers sont en réalité d'autres entités du groupe de sociétés non signataires. Elle pose comme condition que ces entités aient pris part à la conclusion, à l'exécution ou à la résolution du contrat.

Pour une application dans le domaine des pactes d'actionnaires, la Cour de cassation a pu décider dans un arrêt Société Alcatel que « *les effets de la clause d'arbitrage s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* ». ¹⁶

3 Concurrence entre statuts et pacte d'actionnaires

Il peut y avoir une concurrence entre la clause de règlement des litiges contenue dans les statuts et celle figurant dans le pacte d'actionnaires.

3.1 Opposabilité de la clause d'arbitrage aux associés

Au sein d'une même société, des conflits peuvent découler de divergences entre les clauses de résolution des litiges comprises dans les statuts et celles comprises dans les pactes extra-statutaires

¹³ Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, n° 01-14.311, Société Uni-Kod c/ Société Ouralkali.

¹⁴ CCJA, 10 juin 2010, Atlantique Telecom S.A. c/ Planor Afrique S.A.

¹⁵ A. Ngwanza, Note sous Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (OHADA) (Pr. Ch.), 10 juin 2010, Rev. de l'arb. 2012, pp 618-631.

¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, Sté Alcatel Business Systems et autre c/ Sté Amkor Technology et autres.



conclus par les associés. L'application des statuts ou du pacte dépendra du libellé de la clause statutaire et de la volonté des parties.

- Si un pacte unit un administrateur et un associé mais que la convention d'arbitrage statutaire ne vise que les litiges entre associés, il est en principe impossible de faire jouer la convention d'arbitrage dans le cadre des litiges nés du pacte d'actionnaires.
- Si les personnes liées par la clause statutaire sont également engagées par le pacte d'actionnaires :
 - (i) Si le pacte ne dit rien du mode de règlement des litiges qui pourraient naître de celui-ci et les statuts comprennent une clause d'arbitrage qui vise « *tous les litiges entre associés, qu'ils résultent de l'exécution des statuts ou de toute convention extrastatutaire* », les litiges nés entre associés du fait de ce pacte devraient être soumis à l'arbitrage. Il en irait de même si les statuts ne font pas expressément référence aux conventions extérieures.
 - (ii) Si le pacte contient lui aussi une disposition relative au règlement des litiges, il peut y avoir un conflit avec la convention d'arbitrage statutaire, lorsque le pacte exclut l'arbitrage ou met en place un autre mode de résolution des litiges.

A ce titre, la Cour d'appel de Lyon a pu décider dans un arrêt de 2007 qu'en cas de concurrence entre les deux clauses, celle contenue dans le pacte d'actionnaires devait s'appliquer, dès lors que le litige avec la société est en relation avec l'accord contenant la clause d'arbitrage et que celle-ci est opposable à la société :

*« une clause d'arbitrage figurant dans un pacte d'actionnaires n'est pas manifestement inopposable à la société, même si elle n'est pas partie audit pacte, dès lors que le litige est en relation avec l'accord contenant la clause d'arbitrage que les statuts ont repris expressément le contenu de ce dernier, et que l'article des statuts qui précise que les litiges entre actionnaires et les administrateurs ou les actionnaires eux-mêmes — sans nommer ceux entre les actionnaires et la société — se limite à indiquer que les contestations seront jugées conformément à la loi et soumises à la juridiction compétente n'est pas de nature à exclure la compétence prévue dans le pacte d'actionnaires ».*¹⁷

3.2 Hypothèse de l'antériorité du pacte extra-statutaire par rapport aux statuts

Un conflit peut survenir lorsque le pacte extra-statutaire a été conclu avant l'établissement des statuts et que ces derniers prévoient un mode de règlement des litiges distinct.

Ainsi dans une sentence CCI n° 16233 (2011), les défenderesses soutenaient que le Tribunal arbitral était incompétent, puisque le pacte d'actionnaires comprenant la convention d'arbitrage - et qui avait été conclu en vue de la création de la société - aurait été entièrement remplacé par les statuts de la société (Joint-Venture) une fois celle-ci créée, lesdits statuts ne comportant pas de convention d'arbitrage. Pour rejeter cette exception d'incompétence, le Tribunal arbitral a :

- (i) analysé la lettre du pacte d'actionnaires qui prévoit son maintien en vigueur même une fois la société constituée ;

¹⁷ CA Lyon, 29 mai 2008, n° 08/01472, Voisin et société JMP2 c/ Sté MVRA France SA.



- (ii) refusé de retenir l'argument selon lequel le litige ne concernerait tout au plus que des rapports entre actionnaires de la société, et considéré que le litige ne découlait pas des relations entre les actionnaires de la société, mais des relations entre l'ensemble des parties à l'arbitrage, qui ont toutes participé à l'opération minière.

3.3 Concurrence de droits applicables

Si les parties n'ont pas choisi de droit applicable, la *lex societatis* gouvernera la plupart des contestations pouvant naître d'un pacte d'associés (elle s'applique aux contestations nées de pactes et ayant trait à la forme sociale ; aux questions liées à la formation, la souscription ou la libération du capital ; aux droits et obligations des associés ; aux conditions d'acquisition et de perte de la qualité d'associé, de leurs droits pécuniaires, des droits de vote ou encore du droit à demander une expertise de gestion...).

Des conflits peuvent cependant découler de la concurrence entre la *lex contractus* et la *lex societatis*.

L'impact de la réforme du droit des contrats sur les pactes d'actionnaires

L'article 1171 du Code civil dispose que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

- Les pactes d'actionnaires sont-ils des contrats d'adhésion ?

Un contrat d'adhésion est un contrat « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* » (art. 1110 C. civil).

Or il est des cas où l'associé adhère à un ensemble de conditions générales prédéterminées unilatéralement sans négociation, comme dans le cas d'une cession forcée à la suite de la mise en œuvre d'une clause de sortie ou d'exclusion figurant dans un pacte d'actionnaires.

- Créent-ils un déséquilibre significatif ?

L'absence de contrepartie, réelle ou apparente, peut par exemple caractériser de nombreuses clauses anti-dilution ou relatives au droit de vote, ce qui est un indice fort de clause abusive. De nombreux pactes d'actionnaires confèrent également aux associés des prérogatives unilatérales qui pour certaines sont à la limite de la potestativité (droit de veto, droit de retrait, clause d'agrément...).¹⁸

Jean du PARC, avocat honoraire, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de Dijon

"Arbitrage et cautionnement ne font pas nécessairement bon ménage" dit un Professeur, qui "souhaite un peu plus de place à la caution dans le processus arbitral".

L'engagement de la caution a pour objet de garantir la dette même du débiteur principal, mais il est : un *contrat accessoire* pour sa fonction de garantie de la dette principale, et un *contrat distinct* pour tout ce qui n'en relève pas ; et c'est vrai, également, en cas de cautionnement solidaire.

¹⁸ M. Mekki, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? Rev. des sociétés 2016, p. 563, n°29.



En un mot: simple ou solidaire, le contrat de cautionnement ne confère pas à la caution, simple ou solidaire, la qualité de co-débiteur. Et, s'il y a plusieurs débiteurs, on exclut la notion de représentation mutuelle des co-obligés.

Donnée par un dirigeant, la caution revêt un caractère, sinon commercial, du moins professionnel, en sorte que l'arbitrabilité est possible.

Aucune difficulté si l'acte de cautionnement contient une clause compromissoire: l'une et l'autre partie peuvent -et ne peuvent que- recourir à l'arbitrage.

La difficulté survient lorsque la clause compromissoire ne figure que dans le contrat principal: c'est ce qu'il convient d'envisager ici.

LE CAUTIONNEMENT ET LA CLAUSE D'ARBITRAGE

La question est celle de savoir si, et à quelles conditions, un créancier peut attirer un dirigeant caution devant la juridiction arbitrale, alors que la clause d'arbitrage figure dans le seul contrat principal, ou à l'inverse, si, et à quelles conditions, la caution peut invoquer la clause d'arbitrage.

1° ARBITRAGE ET CAUTION DEFENDERESSE

Non partie à l'acte principal, la caution n'est pas partie à la clause compromissoire. Et ce qu'elle doit, elle le doit, non sur le fondement de l'acte principal, mais seulement sur le fondement de l'acte de cautionnement.

Par application du principe de l'effet relatif des contrats, la caution, tiers au contrat principal et à la clause d'arbitrage, ne peut être tenue par elle.

a sous l'angle du droit des sûretés

Le caractère accessoire du contrat de cautionnement ne remet pas en cause la qualité de tiers de la caution par rapport au contrat principal, en sorte que, solidaire ou simple, la caution est tenue d'une obligation distincte de l'obligation principale.

b sous l'angle du droit de l'arbitrage

La question est, ici, celle de la transmission ou de l'extension de la clause d'arbitrage. S'agissant de la **transmission**, hormis le cas de la subrogation après paiement qui place la caution dans les droits et actions du débiteur principal, le cautionnement ne peut être considéré comme une opération translatrice, en ce qu'aucun droit du contrat principal n'est cédé (ou transmis) à la caution.

Qu'en est-il, maintenant, de l'extension? Il est admis qu'une clause d'arbitrage peut être étendue à des tiers impliqués dans la négociation, la formation, l'exécution, ou, encore, la résolution d'un contrat qui contient la clause d'arbitrage. A condition que les circonstances de l'espèce établissent que la caution a bien entendu adhérer à la clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal. Ce serait le cas, par exemple, du dirigeant, qui cautionne les dettes de la société qu'il dirige.

2° ARBITRAGE ET CAUTION DEMANDERESSE

Il s'agit maintenant, de savoir, si, et à quelles conditions, la caution peut agir, soit contre le créancier, soit contre le débiteur...ou, même, contre les 2.

1° la caution peut-elle revendiquer le bénéfice de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal **à l'encontre du débiteur principal?**

Ce sera, généralement, par l'invocation reconventionnelle d'une exception d'incompétence de la juridiction étatique.



S'il y a bien arbitrabilité lorsque, par son implication dans le contrat principal, la caution a, implicitement, adhéré à la clause, la solution est différente si la caution est étrangère au contrat principal.

Le principe énoncé par l'art 2313 du Code civil est que la caution peut opposer au débiteur principal toutes les exceptions inhérentes à la dette et appartenant à ce dernier, mais pas celles qui lui sont propres; or l'existence d'une clause d'arbitrage n'a aucune influence sur la substance du droit: « à l'égard de l'existence du droit substantiel, la dette cautionnée, la clause compromissoire est neutre » dit le Professeur LOQUIN.

Cependant, l'efficacité de la clause d'arbitrage est un principe directeur de la matière de l'arbitrage, et rien n'empêchera un Tribunal arbitral de dire qu'une clause d'arbitrage invoquée par une caution, si elle est bien une exception de procédure, n'en constitue pas moins une exception inhérente à la dette.

2° après avoir payé, la caution peut-elle revendiquer à son profit le bénéfice de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal à l'encontre du débiteur défaillant?

Il s'agit, alors, de l'exercice du recours subrogatoire. Il ne fait alors pas de doute que le bénéfice de la clause d'arbitrage, considérée en tant qu'accessoire de la créance, est bien transmise à la caution, subrogée dans les droits du créancier à l'encontre du débiteur. Il faut, toutefois, différencier le recours subrogatoire qui, seul, est transmis, du recours personnel de la caution: la caution ne pourra demander davantage que ce qu'elle a payé au créancier, et, notamment, aucune indemnisation complémentaire personnelle.

LE CAUTIONNEMENT ET LA PROCEDURE D'ARBITRAGE

Devant une juridiction étatique, une caution peut toujours intervenir, soit volontairement soit en voie d'appel. En arbitrage, le principe est une absence d'intervention, sauf accord unanime. En effet, dès l'instant où une nouvelle partie s'insère dans une procédure d'arbitrage, il se pose la question de la composition du tribunal et du nombre d'arbitres. Au sujet des voies offertes à une caution à qui l'on oppose une sentence arbitrale, il s'agit de distinguer l'autorité de la chose jugée de l'opposabilité. Une sentence arbitrale acquiert l'autorité de la chose jugée dès qu'elle est rendue. La caution ne bénéficie pas des recours principaux, c'est-à-dire du recours en annulation, de la requête en omission de statut ou de la requête en interprétation. Elle dispose du recours de tierce opposition. La Cour de cassation, par un arrêt du 5 mai 2015, a statué comme suit : « Le droit effectif au juge (article 6 de la CEDH) implique que la caution solidaire qui n'a pas été partie à l'instance principale soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier. »

Comment une caution va-t-elle pouvoir recourir à la procédure arbitrale, ou y être atraite (1°), ou que peut-elle faire face à une sentence pré-existante (2°).

1° devant les juridictions étatiques, la caution peut toujours, soit volontairement, soit par voie d'appel en intervention forcée, intervenir; qu'en est-il en matière d'arbitrage?

Le caractère purement contractuel de l'arbitrage exclut l'intervention, volontaire comme forcée, de tiers, et donc de la caution.

En pratique, hormis le cas d'un accord entre toutes les parties concernées et l'arbitre, de telles interventions sont exclues.



Seule atténuation à cette exclusion: le cas où la partie intervenante serait signataire de la convention initiale, mais n'aurait pas été incluse dans la procédure; mais, même là, un accord de TOUS est nécessaire. Et c'est vrai même si la caution avait signé la convention initiale, dès lors qu'elle n'aurait pas été appelée à la procédure principale.

2° que peut faire une caution à qui l'on oppose une *sentence arbitrale*?

a) L'opposabilité de la sentence à la caution:

L'opposabilité, c'est la possibilité, pour la caution, de se prévaloir de la sentence, tant à l'encontre du créancier que du débiteur, tout comme eux-mêmes peuvent s'en prévaloir à son encontre.

Ce qui veut dire que le juge (ou l'arbitre) saisi contre la caution pourrait la condamner sur le fondement de cette sentence.

Cette opposabilité doit être distinguée de l'autorité de la chose jugée, dont le respect ne s'impose qu'aux parties impliquées dans la décision.

Une sentence ayant, par application de l'article 1484 du CPC, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche, elle est, ipso facto opposable aux tiers, et donc de la caution, ceci même sans exequatur, lequel ne concerne que l'exécution.

b) Les voies de recours ouvertes à la caution:

Seules les parties à une procédure disposent de la voie du recours en annulation, ou encore de la requête en interprétation ou en omission de statuer.

La seule voie de recours ouverte à la caution est la tierce-opposition; et c'est un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 5 mai 2015 qui, à la faveur d'un important revirement de jurisprudence, le décide.

Cet arrêt met fin à toute controverse en précisant que: *"...le droit effectif au juge (art 6 de la CEDH) implique que la caution solidaire (et donc, a fortiori, la caution simple), qui n'a pas été partie à l'instance principale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier..."*

En revanche, la question reste ouverte pour l'arbitrage commercial international en l'état de l'article 1518 du CPC qui prévoit que "la sentence rendue en France ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation".

Comme dit en ouverture de ce propos: dans la grande FAMILLE (et c'est bien de la famille qu'il est question dans ces Etats généraux) du droit, arbitrage et cautionnement, c'est, un peu: "je t'aime, moi non plus".

Avec l'aide précieuse de différentes publications, en particulier des Professeurs LOQUIN et MIGNOT, chaleureusement ici remerciés.

Hubert FLICHY, avocat, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris, fondateur et président du Centre national d'Arbitrage du Travail (CNAT)

J'ai beaucoup apprécié les propos tenus ce matin par Alain Hollande.



Il a rappelé que les statistiques et les sondages révélaient qu'en France, les entrepreneurs ne connaissaient pas l'arbitrage, et qu'ils voyaient dans cette procédure mode de règlement coûteux, dont l'utilité n'était pas avérée.

C'est un peu ce que nous entendons lorsqu'on interroge les employeurs sur l'arbitrage en droit social.

Pourtant, les difficultés devant les juridictions sociales sont telles qu'il est apparu opportun de rechercher d'autres voies pour régler les litiges entre employeurs et salariés.

La réussite que connaît à l'étranger l'arbitrage en droit du travail ne pouvait que nous encourager dans cette voie. On le constate aux Etats Unis, comme aussi en Israël, alors même qu'il existe dans ces pays des juridictions tout à fait proches dans leur conception de nos Conseils des prud'hommes.

Mais en France, il semble subsister une vieille croyance selon laquelle l'arbitrage des conflits du travail seraient impossible.

L'argument technique pour soutenir cette thèse reposerait sur une disposition du Code du travail prévoyant l'exclusivité du Conseil des prud'hommes avec, en prime, une précision du texte: « *Toute convention contraire est réputée non écrite.* »

Il faut reprendre l'histoire de ce texte obligeant employeurs et salariés à saisir le Conseil des prud'hommes en cas de litige. Elle tient à la situation dans laquelle se trouvaient précédemment les cadres. Ils avaient autrefois la possibilité, en cas de litige, de saisir soit le Conseil des prud'hommes, soit le Tribunal d'instance.

Il a été décidé de mettre fin à cette situation curieuse et on a créé la section encadrement du Conseil des prud'hommes, sous réserve néanmoins, de la possibilité d'un arbitrage. C'est alors qu'on a décidé qu'il y avait pour tout le monde une exclusivité du Conseil des prud'hommes, sous réserve, néanmoins de la possibilité d'un arbitrage.

Mais ce rappel de la possibilité d'un compromis d'arbitrage a été plus tard supprimé du texte dans le but, disait le Ministre de l'époque, de souligner la compétence généralisée du Conseil des prud'hommes, sans pour autant considérer que le compromis d'arbitrage n'était plus envisageable dans cette matière.

La création du Centre National d'Arbitrage du Travail (CNAT) répond au souhait d'institutionnaliser en matière de conflits sociaux, le recours à l'arbitrage.

Ce mode de règlement présente plusieurs intérêts: il est confidentiel; il est rapide et finalement probablement moins coûteux qu'un recours aux Tribunaux d'Etat, fussent-ils eux-mêmes gratuits. Le temps, c'est de l'argent. Ce mode de règlement présente aussi l'avantage significatif de s'adapter à leurs conflits, confidentialité, y compris ceux relevant de plusieurs compétences, dont celle du Tribunal de commerce si le salarié concerné est aussi mandataire social.



Nous assistons, depuis deux ans et devant tous les Conseils des prud'hommes de France, à une chute considérable du nombre de contentieux, jusqu'à 40 %. Il est donc indispensable d'investir le champ de l'arbitrage, le citoyen ayant perdu confiance dans les juridictions sociales, et peut-être dans d'autres.

En termes de faisabilité, après l'évolution de la jurisprudence, la situation semble clarifiée: il est possible de soumettre à l'arbitrage les conflits individuels du travail, voire de prévoir une clause compromissoire, qui n'est cependant pas opposable au salarié. L'enjeu est aujourd'hui de convaincre le justiciable que cela est possible.

La médiation ne permet pas de régler certains litiges, par exemple en cas de transfert de personnel d'une usine à une autre. Certains salariés verront un avantage à ce transfert s'ils travaillent à proximité du nouveau site. D'autres, au contraire, seront pénalisés par ce changement de lieu de travail. Dans un tel cas, on ne peut trouver amiablement une solution identique pour tous. De plus, le droit du travail a été conçu pour régler des litiges qui opposent une partie forte et une partie faible. De ce point de vue, je ne suis pas certain que la médiation ou la conciliation soit toujours une bonne solution. Il faut parfois qu'un juge, qu'il soit un juge d'Etat ou un arbitre, tranche.

Julie SPINELLI, avocate au barreau de Paris

Comment justifiez-vous le recours à l'arbitrage, qui est une procédure nécessairement plus coûteuse?

Hubert FLICHY, avocat, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris, fondateur et président du Centre national d'Arbitrage du Travail (CNAT)

Cette question pose un problème de société. Je ne suis pas certain qu'il faille se diriger vers une justice toujours gratuite. L'arbitrage peut paraître certes coûteux. Mais nous avons adopté un tarif très bas, ainsi qu'une règle consistant à exiger de la part du dirigeant un paiement plus élevé que de la part du salarié.

De la salle

Comment traiter des arguments tels que le burn-out ou harcèlement?

Hubert FLICHY, avocat, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris, fondateur et président du Centre national d'Arbitrage du Travail (CNAT)

Le salarié choisit de s'adresser aux juridictions pénales ou civiles. Il peut ainsi obtenir réparation devant les juridictions pénales, avec tous les avantages que cette option présente, notamment en termes d'enquête. S'il choisit la voie civile, je ne pense pas qu'il existe de distinction, selon qu'il se dirige vers l'arbitrage ou la juridiction judiciaire. Les entreprises organisent systématiquement des médiations, un certain nombre de grands groupes disposant de leur propre médiateur.

Pierre DUPREY, avocat au barreau de Paris



Au plan civil, un Tribunal arbitral qui statue dans le cadre de la mission qui lui est confiée sur un litige commercial ou un sujet indemnitaire peut prendre en considération des problématiques telles que le burn-out ou le harcèlement dont une personne aurait pu faire l'objet au sein de l'entreprise.

De la salle

Un arbitre pourrait-il rendre une décision uniquement sur des dommages et intérêts, en indiquant que si l'infraction pénale n'est pas retenue par le tribunal, sa décision ne s'appliquera pas? Il s'agirait du cas où une société a déposé plainte et serait prête à la retirer, mais où le Parquet le refuse et poursuit la procédure.

Pierre DUPREY, avocat au barreau de Paris

Un Tribunal arbitral, même s'il n'est pas tenu par la règle selon laquelle le pénal tient le civil en l'état en matière d'arbitrage international, doit considérer très sérieusement la question du sursis à statuer. Dans l'exemple que vous citez, si la résolution du litige soumis aux arbitres dépend étroitement du sort de l'action pénale, ceux-ci devraient s'orienter vers un sursis à statuer. Hormis les cas particuliers de fraude, qui peuvent conduire à une révision de la sentence, je n'ai pas connaissance de décisions arbitrales où les arbitres se réservaient de revenir sur leur décision selon l'issue à venir d'une procédure pénale pendante. Une telle situation poserait au demeurant la question de l'autorité de la chose jugée par les arbitres et de leur dessaisissement.

De la salle

Pour toutes ces matières où nous souhaitons développer l'arbitrage, ces réunions sont tout à fait souhaitables, mais il nous reste à convaincre le public de son intérêt.

Jean-Robin COSTARGENT, expert financier

Le sujet de la cession d'entreprise est assez vaste, d'un point de vue financier, technique, comptable ou encore juridique. Ce processus se qualifie comme un acte commercial libre entre deux sociétés commerciales. Il fait l'objet de longues études de *due diligence*, sur des sujets comptables, financiers voire éthiques. De nombreux litiges apparaissent à cette occasion, dus à l'appétit financier de certains vendeurs ou à l'angoisse du vice caché de la part de l'acheteur.

Didier Faury interviendra sur le sujet du litige en matière de cession d'entreprise, et notamment les caractéristiques d'évaluation. Elie Kleiman évoquera le sujet spécifique de la clause *earn out*. Bruno Cressard et Agnès Piniot traiteront le thème de la garantie d'actif et de passif.

Didier FAURY, expert-comptable, commissaire aux comptes, président de l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation (IEAM), ancien président du Conseil national des compagnies d'experts judiciaires



Le sujet qui m'est confié concerne les litiges relatifs au prix de cession. Nous verrons quels sont ces litiges, et dans quelle mesure ils peuvent donner lieu à l'arbitrage. Une distinction doit, en premier lieu, être faite entre l'arbitrage et l'expertise de l'article 1592 du Code civil. Le cas du prix qui reste à déterminer relève très fréquemment de cette disposition, qui prévoit l'intervention d'un expert, qui n'est pas un expert judiciaire, et dont le rôle est de fixer le prix de cession des titres. Cet expert n'est pas un arbitre, car il ne tranche pas un point de droit, mais un point de fait. Un certain nombre de contrats visent expressément le recours à cet expert quand certains éléments du prix sont susceptibles de donner lieu à contestation, évaluation et ajustement. Cet expert est tout-puissant, puisqu'il fixe le prix de manière irrévocable, sans recours possible, sauf erreur grossière. Ces derniers cas peuvent être présentés devant une juridiction, qui appréciera la qualité du travail réalisé par l'expert. L'expert réalise en outre des calculs en application de dispositions contractuelles. Il peut ainsi tenter pour réaliser sa mission d'interpréter une disposition contractuelle complexe, ce qui peut donner lieu à débat, cette interprétation étant alors susceptible d'être de la compétence d'une juridiction voire d'un tribunal arbitral.

Concernant les litiges sur les prix de cession autres que ceux concernés par l'article 1592, il convient de distinguer la situation dans laquelle la documentation contractuelle et les actes de cession spécifient comment le prix a été fixé, des cas inverses. Dans le premier cas, aucune méthode ne s'impose. Les parties fixent librement, sous le contrôle du fisc, la valorisation des actifs et des titres qu'elles entendent s'échanger. Il existe plusieurs méthodes de valorisation, auxquelles les parties peuvent faire référence. Certaines sont basées sur l'actif net réévalué de l'entreprise, et d'autres sur le rendement et la rentabilité. En réalité, ces deux méthodes sont poreuses. Dans le cas de la première, il s'agit de partir des données comptables et d'étudier s'il y a lieu de procéder à une réévaluation. Cette démarche est plus complexe dans le cas de la réévaluation d'actifs incorporels, qui suppose de faire référence à la rentabilité de l'entreprise. Pour les TPE ou PME, nous constatons parfois des méthodes très simplifiées et forfaitaires d'évaluation des actifs incorporels, reposant sur des pourcentages de chiffre d'affaires. Les méthodes centrales d'évaluation des entreprises sont aujourd'hui fondées sur les flux, le rendement et la rentabilité. La méthode des flux actualisés de trésorerie, notamment, est très prisée des évaluateurs et des autorités de contrôle comme l'Autorité des marchés financiers (AMF). Elle repose sur l'idée que la valeur d'une entreprise est déterminée par ses flux futurs de trésorerie dont la somme doit être actualisée. L'entreprise n'ayant pas de durée de vie limitée, elle est valorisée à l'infini, avec des valeurs terminales parfois élevées. D'autres méthodes reposent sur des multiples sectoriels appliqués à un agrégat de l'entreprise (en général son résultat d'exploitation ou son excédent brut d'exploitation). Une valeur d'entreprise est ainsi obtenue, dont il est déduit l'endettement net existant ou ajoutée à la trésorerie nette, le cas échéant.

Les données utilisées par le cédant sur la base des comptes qu'il a arrêtés peuvent ainsi porter des risques de litige, quand le cessionnaire qui a pris les commandes de l'entreprise s'aperçoit que les données utilisées pour calculer la valeur de cession reposent sur des chiffres contestables.

Les transactions comprennent, en outre, de manière assez fréquente des clauses d'*earn out* ou de complément de prix. En effet, il est très difficile d'évaluer une entreprise quand l'avenir est particulièrement incertain. Ces clauses, sources de nombreux litiges, reposent sur cette logique de compléter ce prix en fonction de l'évolution de l'activité. Le cédant risque cependant de contester la



mise en œuvre de ces clauses, puisque c'est alors le cessionnaire qui dispose de la documentation comptable et financière permettant de la mettre en œuvre.

Les méthodes d'évaluation peuvent donc elles-mêmes être porteuses, par les éléments qu'elles mettent en œuvre, de litiges liés aux contestations du cédant ou du cessionnaire sur les agrégats utilisés.

Par ailleurs, lorsque les modalités du prix ne sont pas fixées dans les actes, des litiges potentiels peuvent naître sur les comptes mêmes de l'entreprise. En effet, le prix, dans ces circonstances, a souvent été fixé au regard de comptes annuels certifiés, avec la présence d'une clause de garantie de passif. Les cessionnaires ont donc tendance à remettre globalement en cause les comptes certifiés voire à se placer sur le terrain du dol. Ces litiges, en l'absence de modalités de fixation du prix dans les actes, se recoupent généralement avec les clauses de garantie de passif, dont la mise en jeu ne les épuise pas.

Ces litiges sur les prix sont très techniques, et semblent appropriés à l'arbitrage, les arbitres étant plus spécialisés sur ces questions que les magistrats professionnels. Néanmoins, il peut également être utile de faire intervenir des experts, en cas de litige complexe. Le tribunal arbitral devrait en outre faire figurer un financier, ce qui est rarement le cas. Pour une meilleure efficacité de l'arbitrage, nous pouvons faire le vœu d'une meilleure association des compétences.

Elie KLEIMAN, avocat au barreau de Paris, président de l'association « Paris place de l'arbitrage »

La clause d'*earn out* consiste à reporter dans le temps la résolution du désaccord entre le vendeur et l'acheteur sur le prix de la chose vendue et achetée. La question se pose quand la valeur de l'entreprise ne peut être déterminée, pour un certain nombre de raisons, notamment lorsqu'il n'est pas possible de disposer de visibilité sur le futur ou d'historique.

Les problématiques d'*earn out* sont souvent d'un ordre plus complexe que ne l'est la question de la détermination du prix dans le cadre d'un ajustement de prix. Dans cette dernière hypothèse, les derniers comptes disponibles permettent d'établir le prix lors de la négociation et de la signature du contrat d'acquisition, et c'est à ces comptes de référence que sont ultérieurement comparés les comptes qui seront disponibles après le *closing*. S'agissant de l'*earn out*, les questions sont souvent d'ordre opérationnel et sortent du domaine strictement comptable et mesurable, faisant ainsi naître un certain nombre de difficultés.

Les litiges sont souvent d'une nature composite où se mêlent des difficultés d'appréciation factuelles et d'interprétation juridique. Dans pareilles circonstances, les formules traditionnelles de fixation de complément de prix qui prévoient d'avoir recours à un tiers expert pour fixer une valeur et déterminer des agrégats comptables pourront être mises à l'épreuve et trouver leurs limites. La Cour d'appel de Paris, dans une affaire Panzani, avait estimé que la volonté des parties étant de privilégier la voie du tiers expert pour accélérer la procédure, ce tiers expert devait avoir, sauf volonté contraire non manifestée en l'espèce, le droit d'interpréter l'intention des parties.

L'*earn out* étant un litige en sommeil, tout ne peut passer par le tiers expert. Lors de la rédaction contractuelle, une réflexion doit donc spécifiquement porter sur le rôle du juge du contrat (ici, il s'agit



de l'arbitre) et sur l'articulation de sa compétence avec celles, parfois complémentaires et nécessaires, du tiers expert. Il arrive que la clause de *earn out* ne prévoit de s'en remettre à un expert pour parfaire le prix, laissant cette mission à l'arbitre. La question de l'articulation des clauses de *earn out*, des clauses éventuelles d'expertise et des clauses d'arbitrage suppose de se poser la question du périmètre matériel de la compétence du tiers expert et de celle de l'arbitre.

Deux causes de difficultés principales peuvent déjouer les prévisions des parties: la rédaction défailante d'une part et l'incompréhension de l'articulation entre l'expert et l'arbitre d'autre part. S'agissant de la première difficulté, une clause d'expertise trop sophistiquée (notamment une clause qui posera des conditions exigeantes en termes de qualifications, de diplômes, d'expérience, etc.) est susceptible de créer des causes d'empêchement, au point parfois d'empêcher toute nomination. La seconde difficulté illustre un problème d'articulation entre les pouvoirs de l'arbitre et ceux de l'expert: en effet, l'article 1592 du Code civil prévoit que l'expert fixe le prix de manière définitive, sauf erreur grossière. C'est ainsi que dans la plupart des cas, la preuve de l'erreur grossière étant tout de même un fardeau exigeant pour le plaideur qui entreprend de l'établir, les valeurs données par le tiers expert s'imposeront à l'arbitre, si après l'expertise, le litige persiste. Pour éviter une telle situation, il est possible de prévoir des compétences mutuellement exclusives, en aménageant un système de sursis dans lequel l'expert se dessaisirait des questions d'interprétation, qui seraient soumises à l'arbitrage, le cas échéant suivant une procédure accélérée.

L'autonomie de la volonté en matière arbitrale permet en effet de satisfaire aux exigences en termes de célérité qui se posent en matière de litige d'*earn out*. Encore faut-il que les parties l'aient prévu, soit directement dans leur convention d'arbitrage, soit en adoptant un règlement institutionnel qui le permet. En termes de réparation, le principe est simple: l'arbitre est le gardien du contrat. L'arbitrage offrira non seulement toutes les garanties du procès, mais également une justice contractuelle et de droit des affaires parfaitement adaptée aux enjeux. Au cas particulier, l'arbitre pourra ordonner le paiement du *earn out*, des dommages et intérêts correspondant aux préjudices réellement subis, la mise en œuvre de clauses pénales, des intérêts financiers réalistes, etc. En cas de problématique de nullité du contrat, l'arbitre tire son investiture d'une convention d'arbitrage qui bénéficie d'une autonomie au regard du contrat commercial qui la comporte: il peut donc annuler le contrat si la clause est purement potestative ou lorsqu'il n'est pas possible de déterminer le prix. S'agissant des mesures comportementales telles qu'injonctions de faire et de ne pas faire, l'arbitre peut les ordonner, le cas échéant sous astreinte. Il dispose aussi de vastes pouvoirs, toutes sortes de moyens lui permettant d'obtenir la communication forcée des pièces.

La sentence, une fois rendue, aura l'autorité de force de chose jugée et, sur simple exéquatur, pourra être exécutée au même titre qu'un jugement exécutoire par provision, en arbitrage interne si celle-ci est ordonnée, et en arbitrage international, de plein droit.

Bruno CRESSARD, avocat au barreau de Rennes, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Rennes, ancien président du Collège des avocats spécialistes en droit de l'arbitrage

Nous quittons le domaine du prix pour aborder celui de la consistance de la société que l'acquéreur a achetée. Si les clauses de garantie d'actif et de passif sont aussi durement négociées entre les conseils des acquéreurs et des vendeurs c'est d'une part parce qu'elles fixent la consistance, et donc



l'étendue éventuelle d'une réparation, et d'autre part parce que de nombreux contentieux liés à l'acquisition d'une entreprise ont trait à cette notion de garantie d'actif et de passif. Ce matin, nous avons beaucoup parlé des modes alternatifs. La question qui se posait était notamment de savoir si l'arbitrage était un mode alternatif. Dans le cas de la clause de garantie d'actif et de passif, le recours à la juridiction étatique est le mode alternatif de règlement des conflits, la majeure partie des clauses de garantie de passif contenant des clauses compromissaires.

Plusieurs raisons justifient le recours à l'arbitrage. D'abord, il est possible de choisir des professionnels du droit, de la comptabilité, etc. Ensuite, le tribunal arbitral peut statuer en amiable composition ou en droit. Les tribunaux étatiques peuvent statuer en équité, mais dans le cadre de l'arbitrage, la question est posée systématiquement. Dans le cadre d'une garantie de passif, il est ainsi possible de décider si le droit doit être dit d'une manière stricte, ou si une certaine souplesse est privilégiée. L'équité peut parfois permettre de prendre en considération certains éléments dont le droit ne permettrait pas de tenir compte. Lorsque les arbitres qui jugent en équité appliquent une règle de droit, ils doivent justifier de la compatibilité de cette règle de droit avec l'équité. Le troisième avantage est la souplesse de la procédure, sous réserve du respect des principes directeurs du procès, comme le contradictoire. De plus, l'arbitrage donne lieu à un calendrier de procédure. En effet, lorsque les parties et les conseils se retrouvent pour rédiger le contrat d'arbitrage qui organise la procédure, un véritable dialogue prend place. L'arbitrage s'inscrit ainsi dans un délai. Le Code de procédure civile prévoit que l'arbitrage soit mis en œuvre dans les six mois. Si ce délai paraît trop restreint, une clause peut l'allonger. La réunion initiale permet de fixer ces éléments. Le contradictoire est ainsi mieux respecté devant les tribunaux arbitraux que devant les juridictions étatiques.

S'agissant de la question de la rédaction de la clause donnant compétence à un tribunal arbitral, l'arbitrage peut reposer sur deux types de conventions: la clause compromissoire contenue dans le contrat ou un compromis signé par les parties alors que le litige est déjà né. La première question qui se pose est de savoir s'il convient de mettre en place un arbitrage institutionnel (c'est-à-dire confié à un centre d'arbitrage) ou de laisser les parties choisir les arbitres dans le cadre d'un arbitrage ad hoc. Chacune de ces solutions offre des avantages. Il existe des centres d'arbitrage en droit des affaires. D'autres arbitres interviennent de manière ad hoc, dans le cadre de missions qui leur sont confiées ponctuellement. Des règles d'indépendance permettent de contrôler la réelle liberté d'esprit d'un arbitre à l'égard de la personne ou l'avocat qui l'a désigné, et vis-à-vis des autres arbitres. L'arbitrage est par ailleurs conduit de manière impaire. Certaines clauses ont pu prévoir un arbitrage conduit par deux arbitres; elles ont été jugées nulles, mais la Cour de cassation a considéré qu'elles pouvaient être récupérées, les parties ayant la volonté de confier la résolution du conflit à des arbitres. Il me semble personnellement préférable de désigner trois arbitres, ce qui permet des échanges plus riches que dans le cas d'un arbitre unique. Dans l'hypothèse d'une multiplicité de cédants et de cessionnaires, chaque partie n'a pas vocation à désigner un arbitre. L'article 1453 du Code de procédure civile dispose dans ce cas: « Lorsque les litiges opposent plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution, la personne chargée d'organiser l'arbitrage est le centre d'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui désigne le ou les arbitres. »

S'agissant du choix entre le droit et l'équité, il doit être précisé dans la clause compromissoire. Dans le cas contraire, le Code de procédure civile précise que l'arbitrage aura lieu en droit. En ce qui concerne l'appel, il apparaît illogique de laisser les juges d'une Cour d'appel statuer sur une sentence



alors que les parties ont souhaité, dans le cadre d'une clause compromissoire, confier leur litige à d'autres professionnels que les magistrats. Aucun appel au fond ne devrait donc être possible. En revanche, dans toutes les hypothèses, il est possible d'avoir recours à la Cour d'appel dans le cadre d'un recours en nullité (sentence contraire à l'ordre public, problème d'indépendance d'un arbitre, etc.). La durée de la procédure figure quant à elle dans le contrat. S'agissant des honoraires des arbitres, ils apparaissent plutôt dans le contrat d'arbitrage. Ces honoraires sont adaptés au montant du litige. Le contrat peut prévoir qu'en dessous d'une certaine somme, la juridiction étatique sera le juge du litige. En matière de clauses de garantie d'actif et de passif, la clause compromissoire doit prévoir qui est le bénéficiaire.

Les questions fréquemment rencontrées en matière d'arbitrage sont celles de la validité, de la qualification de la clause et de la bonne ou mauvaise foi du bénéficiaire. La réforme du droit des contrats étend le champ de la bonne foi à la négociation, à la formation et à l'exécution du contrat. Cette réforme exerce une influence sur le domaine de l'arbitrage. Cette notion de bonne foi devient dès lors essentielle.

Agnès PINIOT, expert-comptable, commissaire aux comptes, expert près la Cour d'appel de Paris

L'objectif de mon intervention est de vous alerter sur un certain nombre de litiges rencontrés en tant qu'arbitre dans le cadre des actions menées pour actionner la garantie d'actif et de passif. Je les regrouperai dans trois grandes natures. Les premiers litiges concernent les principes comptables appliqués, notamment le manque de visibilité des principes comptables exposés dans la clause de garantie d'actif et de passif. La deuxième catégorie est constituée des anomalies relevées dans les comptes après la fixation du prix de transaction définitif en lien généralement avec la découverte d'"erreurs" comptables à l'occasion de la première clôture comptable qui suit la cession. La troisième catégorie concerne les litiges et leur évolution dans le temps, qu'il s'agisse de litiges commerciaux, fiscaux ou de nature sociale.

S'agissant des principes comptables, le désaccord qui s'observe sur les garanties d'actif et de passif est en général lié au fait que les actes de cession précisent simplement que les comptes de la société sont arrêtés dans le respect des principes comptables français, du plan comptable général ou, dans le cas de comptes consolidés, par référence aux normes IFRS, sans plus de précisions. Dans les meilleures situations, il est indiqué que les principes comptables sont exposés dans l'annexe, celle-ci restant succincte. Dans la plupart des garanties d'actif et de passif, les modalités d'application des principes comptables ne sont donc pas précisées. A titre d'exemple, dans le cas des provisions pour dépréciation de créance, le principe comptable précisé est le suivant: des créances qui présentent un risque de recouvrement doivent donner lieu à dépréciation. Ce principe est très général. Un certain nombre de groupes considèrent qu'un risque de recouvrement apparaît dès dépassement de l'échéance. Une provision totale ou partielle est dès lors passée sur la créance. D'autres groupes attendent la première, la deuxième voire la troisième relance avant d'envisager la constitution d'une provision, ou même le passage au contentieux. D'autres, enfin, estiment qu'il n'y a pas lieu à dépréciation tant que le client n'est pas en état de cessation des paiements. Lorsque le vendeur et l'acquéreur ne se sont pas mis d'accord sur ces modalités d'application des principes comptables, ils



n'auront donc, dans beaucoup de cas, pas la même lecture de ces modalités. Cette situation s'est renforcée, ces dernières années, avec un glissement des *due diligences* vers une nature plus économique, d'analyse de gestion ou de détermination d'un résultat normé, oubliant une analyse rigoureuse de tous les principes comptables appliqués pour l'arrêté des comptes. Une autre difficulté est observée lorsqu'au moment de la détermination du prix de transaction, l'acheteur et le vendeur prennent acte du fait que certains principes comptables ont été appliqués de manière plus ou moins prudente. Ils ont ainsi procédé à un certain nombre de retraitements avant de déterminer le prix. Or la clause de garantie d'actif et de passif ne tire parfois pas les conséquences du calcul du prix, et ne recense pas ces retraitements. Ainsi, certains éléments *a priori* connus des deux parties lorsque le prix a été déterminé sont utilisés pour actionner la garantie d'actif ou de passif. Enfin, lorsque des garanties d'actif et de passif portent sur de très longues périodes, les principes comptables ou les modalités d'application peuvent évoluer dans le temps. L'analyse à mener est donc particulièrement technique, d'où l'importance, lors de la rédaction des clauses de garantie d'actif et de passif, de s'adjoindre les services d'un spécialiste qui favorisera une présentation détaillée des dispositions applicables lors de l'arbitrage.

Le deuxième volet est constitué par les anomalies relevées dans les comptes. Elles sont généralement identifiées lors du premier ou du deuxième arrêté des comptes suivant la cession. La difficulté pour les arbitres réside notamment dans le fait de savoir quels éléments étaient connus lors de la détermination du prix, et quels éléments ont été découverts postérieurement. En outre, il convient d'être vigilant au risque de double comptage des ajustements, d'une part, dans le calcul du prix et d'autre part, l'action de garantie. Certaines anomalies comptables donnent en effet lieu à action sur une garantie d'actif et de passif. Or ces anomalies avaient éventuellement été intégrées dans la détermination de prix de cession. Rien n'est prévu pour corriger cette double prise en compte.

Les clauses de garantie de passif comportent un descriptif précis des modalités d'actionnement de cette garantie, qui est majoritairement à la main de l'acquéreur. Celui-ci peut proposer un certain nombre d'ajustements, et solliciter une indemnisation. Dans certains cas, seuls des ajustements négatifs sont ainsi avancés. Les clauses doivent donc prévoir la possibilité d'introduire des ajustements positifs. S'agissant de la date de détermination des ajustements, celle-ci peut empêcher la prise en compte d'aléas qui ne sont pas totalement dénoués. Le cédant doit par ailleurs conserver des documents. Dans de nombreuses situations, ne disposant plus du moindre document, il n'est plus en mesure de justifier un certain nombre d'ajustements positifs qu'il aurait identifiés en regard d'ajustements négatifs avancés par l'acquéreur.

La date de fixation des montants et la possibilité de prendre en considération des éléments connus postérieurement ont une importance considérable. Lorsqu'un redressement fiscal donne lieu à une notification de redressement, que la garantie de passif est actionnée bien qu'une contestation devant les tribunaux soit menée par l'un ou l'autre des chefs de redressement, la clause est parfois ainsi rédigée que le simple fait de produire la notification de redressement suffit à solliciter une indemnisation. Enfin, le double comptage entre le prix et la garantie existe, notamment dans des litiges dans lesquels des risques ont potentiellement déjà donné lieu à provisions.

Ces constats doivent être pris en compte à la fois lors de la rédaction des clauses de garantie d'actif et de passif et lorsque les discussions s'ouvrent devant le tribunal arbitral.



Il est possible de rédiger une clause prévoyant que la garantie d'actif et de passif sera mise en jeu à une date précise, mais que si des éléments nouveaux permettant d'éclairer une position sont identifiés au jugement du tribunal arbitral, ceux-ci entreront dans l'appréciation du montant de la garantie.



RAPPORT DE SYNTHÈSE

Louis DEGOS, avocat, responsable du groupe de travail Arbitrage du CNB, président de la commission Prospective du CNB, ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris

Il me semble que quatre points doivent être retenus, au terme de ces travaux. Le premier point porte sur le mode alternatif et l'externalisation du service de la justice. Cette journée a été organisée sous le signe de la déjudiciarisation et de la contractualisation des résolutions ou du règlement des litiges. Jean-Luc Forget, vice-président du CNB a ainsi précisé que le CNB proposait ces spécialisations et avait travaillé sur la loi J21 du 18 novembre 2016 ainsi que le projet de loi de réforme de la justice. J'ai entendu aujourd'hui que la contractualisation, pour autant, ne s'entendait pas nécessairement comme une externalisation. Il s'agit pour moi d'une découverte. En effet, j'estimais que l'arbitrage était une justice hors l'Etat. Il est à mon sens contre nature d'initier une instance judiciaire pour se mettre ensuite d'accord, ou de parvenir à un accord en l'appréhendant sous l'angle de l'homologation devant le juge. C'est pourtant ce que nous ont dit Elodie Mulon, avocate et Nathalie Couzigo-Suhas, notaire, en nous rappelant, en droit de la famille, l'ADN judiciaire qui oblige à commencer une instance et ne permet de se mettre d'accord qu'après une assignation. Le juge a ainsi une forme de mainmise sur le mode amiable. Nous avons pu voir ce matin que le droit de la famille ne comprenait le mode dit alternatif que comme étant intégré à la justice étatique, alors que les arbitrages, par définition, s'entendent comme étant autonomes. Nous avons beaucoup parlé d'une concurrence entre l'arbitrage et l'amiable; la véritable concurrence opère entre le judiciaire et l'arbitrage.

La contractualisation n'est par ailleurs pas synonyme d'amiable. L'arbitrage est en effet un mode contraignant. Le contrat est l'assise de l'arbitrage, qui est un mode juridictionnel. Guillaume Barbe a ainsi loué l'arbitrage dans le testament, précisant qu'il n'était pas possible d'y inclure une clause compromissoire, faute d'autre signataire. Il est cependant possible de contractualiser sous une autre forme. J'ai bien noté, en matière testamentaire, l'absence de problème d'arbitrabilité, à l'exception de la question de l'état des personnes, qui relève du juge. Le testament pose par ailleurs la question de la transmissibilité des droits. Si nous avons largement abordé les droits substantiels, nous n'avons pas évoqué la transmissibilité de la convention d'arbitrage. Jean du Parc nous a parlé de transmission et d'expansion de la clause d'arbitrage pour le dirigeant caution. Nous pouvons imaginer, en matières familiale et successorale, qu'il y ait entre époux une acquisition d'un bien immobilier, avec un financement conjoint des époux, cette convention de financement pouvant être soumise à l'arbitrage en cas de difficultés, qui surgiront probablement lors d'un divorce et lors du décès d'un des époux. La transmissibilité aux héritiers de la clause compromissoire pose également certaines questions.

Le troisième point concerne l'arbitrabilité et la disponibilité ou non-indisponibilité des droits. Thomas Clay l'a abordé, via l'article 2061. La problématique est alors contractuelle, sous réserve de certaines limites, qui correspondent à celles du contrat d'adhésion. Ainsi, la position de Thomas Clay n'est pas incohérente vis-à-vis de celle du professeur Stoffel-Munck, dans son analyse du nouvel article 1171 du Code civil sur les contrats d'adhésion.

Si la clause compromissoire a une validité plus large, le professeur Anne-Marie Leroyer indiquait douter de la mise en œuvre de l'arbitrage dans la matière de l'arbitrage, à la fois au niveau des indisponibilités et en raison d'autres procédures concurrentes. S'agissant des indisponibilités, les



articles 2059 et 2069 donnent lieu à une certaine opposition doctrinale. La question de la clause compromissoire est cependant différente de celle de l'arbitrabilité. Comme l'a indiqué Anne-Marie Leroyer, ces arbitrages en matière familiale, successorale ou commerciale sont possibles aussi bien par voie de clause compromissoire que par voie de compromis. Les articles 2059 et 2060 s'appliquant à l'égard du compromis au même titre qu'ils s'appliquent à l'égard de la clause compromissoire. Le changement de contrat fondant l'arbitrage n'a donc pas d'impact sur la problématique posée par les articles 2059 et 2060. Muriel Cadiou, Elodie Mulon, et Maître Nathalie Couzigo-Suhas ont ensuite mis en exergue une avancée constituée par la clause d'arbitrage pouvant être conclue avant la naissance du litige. Dans les matières familiales ou individuelles, il s'agit d'une véritable révolution. L'articulation entre les droits indisponibles, non arbitrables, et l'arbitrage a posé de nombreuses questions. Thomas Clay a donné l'exemple du brevet, dont la titularité ne peut être arbitrée, contrairement aux conséquences pécuniaires, ou encore de la procédure collective, l'arbitre ne pouvant inscrire au passif une dette mais pouvant déterminer le montant de la créance une fois celle-ci inscrite. Les autres exemples sont nombreux. Je citerai le droit de la concurrence. L'infraction concurrentielle ne peut être arbitrée, à l'inverse des conséquences de l'infraction. Il en va de même dans le marché public: la validité de l'attribution du marché public demeure du ressort du juge étatique, mais les conséquences ou modalités du marché public peuvent être arbitrées.

S'agissant de l'efficacité de l'arbitrage, Emmanuel Ravanos se plaignait de démembrements de l'activité juridictionnelle entre le notaire, qui est juge de paix dans les matières familiales, et le juge. Ces problèmes disparaissent avec la mise en œuvre de l'arbitrage. Nous avons également eu l'exemple de l'expérience du tribunal arbitral des affaires familiales, présenté par Etienne Deshoulières. Ce projet a été jugé dangereux par certains, et peut-être trop précurseur. Cet après-midi, l'économie est apparue particulièrement favorable à l'arbitrage. Le professeur Bruno Dondero a souligné que l'arbitrage permettait de bénéficier d'une compétence spéciale du monde de l'entreprise, pour le monde de l'entreprise. Le professeur Philippe Stoffel-Munck a ajouté que l'arbitrage bénéficiait d'une faveur à la fois interne et externe, y compris pour le contentieux de masse et le nouveau droit civil des obligations. Ces compétences spécifiques de l'arbitrage ont trouvé des exemples dans les tables rondes. Pierre Duprey, avec sa description et ses explications sur le pacte d'actionnaires, a démontré que la spécification voire la sophistication des problèmes imposait une rédaction fine de la convention d'arbitrage. Elie Kleiman a donné des exemples, avec l'*earn out*, de la technicité et de l'élasticité dans le temps de ces matières. Il s'agit de surcroît de litiges en sommeil, qui posent la nécessité d'emboîter les compétences nécessaires pour les régler. Il convient dès lors d'articuler les clauses d'arbitrage avec des clauses d'expertise. L'arbitrage impose donc cette surcontractualisation. Nous sortons d'une justice étatique dans laquelle les chemins sont tracés, et nous dirigeons vers une contractualisation ad hoc, même si nous choisissons un centre d'arbitrage, parce que d'autres clauses doivent s'articuler avec la clause d'arbitrage. L'arbitrage permet ainsi l'instruction du litige, dont les grands exemples ont été présentés par Didier Faury, avec l'évaluation d'entreprise, et Bruno Cressard pour la garantie d'actif et de passif. Ce dernier a ainsi invoqué les notions de bonne foi et d'imprévision, qui nécessitent de la part du juge et de l'arbitre un examen beaucoup plus fin que celui de la justice étatique. Agnès Piniot, enfin, a abordé l'imprécision dans la rédaction des clauses, qui justifie une interprétation du contrat et une instruction de cette interprétation, dans la confidentialité que nécessitent ces affaires.



Le sujet récurrent de la journée fut le coût de l'arbitrage. L'arbitrage ne fonctionnera que si son coût est proportionnel au litige. Par ailleurs, en termes de viabilité économique, l'arbitrage est une simple instance. Enfin, le dernier avantage que présente l'arbitrage est la maîtrise du temps. Si les parties le souhaitent, elles peuvent ainsi convenir d'une date de fin de procédure ferme et définitive. Or cette maîtrise du temps se traduit par une maîtrise des coûts. En tant qu'avocats, le mode de résolution de nos litiges est l'arbitrage. N'ayons donc pas peur de proposer un mode de résolution de litiges que nous connaissons à nos propres clients.