

RTD Com. 2009 p. 546

Les obligations du tribunal arbitral en cas d'ouverture d'une procédure collective : un arrêt « pédagogique » de la Cour de cassation

(Civ. 1re, 6 mai 2009, pourvoi n° 08-10.281, arrêt n° 509 FS-P+B+I, *Mandataires judiciaires associés c/ Sté International Company for Commercial Exchanges Income*, D. 2009. AJ. 1422, obs. X. Delpech )

Eric Loquin, Professeur à l'Université de Bourgogne, Doyen honoraire de la Faculté de droit de Dijon

Rendu suite à un appel d'une ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale internationale, cet arrêt a le mérite de rappeler clairement quelles sont les obligations du tribunal arbitral lorsqu'une procédure collective est ouverte en France contre l'une des parties en cours d'arbitrage. Même si la procédure collective est ouverte, la convention d'arbitrage continue de lier le débiteur et est opposable aux créanciers, aux organes de la procédure collective et même aux éventuels repreneurs, qui poursuivent le contrat contenant la clause compromissoire (cf. E. Loquin, J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1024, Litiges arbitrables, n° 53 à 64).

En l'espèce, une société française avait conclu avec une société égyptienne des contrats de vente de sucre stipulant, en cas de litige, un arbitrage sous l'égide de la Refined Sugar Association. La société égyptienne a saisi le tribunal arbitral. Puis, un jugement déclara la société française en redressement judiciaire, puis postérieurement encore plaça la société en liquidation judiciaire.

Même si l'arbitrage est international, l'ouverture en France de la procédure collective impose que le tribunal arbitral applique les règles françaises organisant la coexistence de l'arbitrage et de la procédure collective. La loi française s'impose alors en tant que loi de police au tribunal arbitral. La prise en considération de cette loi est d'autant plus impérieuse lorsque le siège de l'arbitrage est en France où lorsque la sentence doit produire en France des effets. Son existence et son efficacité sont alors subordonnées au respect du droit français.

Lorsque, comme en l'espèce, l'arbitrage est en cours, au moment de l'ouverture de la procédure collective, la situation est la même que si le litige avait été porté, dès avant le jugement d'ouverture, devant une juridiction étatique. L'instance arbitrale en cours « sera interrompue jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance : elle sera reprise de plein droit, le mandataire judiciaire et le cas échéant l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan dûment appelés ».

En l'espèce, la demanderesse à l'arbitrage a déclaré sa créance auprès du juge-commissaire. Le tribunal a alors rouvert l'instance en adressant plusieurs avis au liquidateur pour l'informer de la reprise de la procédure. La démarche était la bonne. La procédure peut, en effet, reprendre immédiatement sans qu'il soit nécessaire que le juge-commissaire ait procédé à la vérification des créances et, que la clause compromissoire étant invoquée devant lui, il constate l'existence d'une instance en cours et renvoie au tribunal arbitral le règlement du litige. Le juge-commissaire devra cependant vérifier la régularité de la déclaration de créance. S'il s'avère à ce moment-là que la déclaration de créance a été faite hors délai, ou qu'elle n'a pas été faite dans les formes requises, le juge-commissaire devra constater l'extinction de la créance (en ce sens, Paris, 28 févr. 2002, Rev. arb. 2003. 223, obs. Ph. Fouchard). La procédure engagée devant le tribunal arbitral sera alors sans objet.

La simplification de la procédure permettant au tribunal arbitral de poursuivre sa mission s'explique par le souci d'une bonne administration de la justice. Comme l'écrit M. Pascal Ancel,

« il apparaîtrait contraire aux nécessités d'une bonne administration de la justice d'arrêter en cours de route le travail commencé, ces nécessités paraissant l'emporter sur l'impératif de concentrer le règlement des litiges touchant le débiteur » (Rev. arb. 2004, spéc. 611).

Conformément à une pratique malheureusement fréquente, le liquidateur s'est abstenu de participer à la poursuite de l'instance arbitrale. Une fois la sentence rendue, il s'opposa à son exequatur en invoquant son absence dans... la procédure ! Le liquidateur soutenait que la reprise de l'instance était irrégulière faute de sa citation par un huissier. L'ancien article L. 621-41, applicable à l'espèce, énonçait que l'administrateur et le représentant des créanciers devaient être « dûment appelés », formulation reprise par le nouvel article L. 622-22 du code de commerce. Le liquidateur soutenait que les articles 68 et 373 du code de procédure civile n'avaient pas été respectés. Il est vrai que l'article 373 du code de procédure civile prévoit « qu'à défaut de reprise volontaire, l'instance ne peut l'être que par la voie de la citation » et que l'article 63 du code de procédure civile précise que « les demandes incidentes sont faites à l'encontre des parties défaillantes ou des tiers dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance ». La Cour de cassation juge que le mandataire a été destinataire d'abord des correspondances échangées entre le conseil de la société Income et que le liquidateur a été destinataire des documents relatifs à la procédure d'arbitrage et de toutes les informations sur les étapes de la procédure, la Refined Sugar Association l'ayant même invité expressément à prendre contact et s'étant mise à sa disposition pour lui fournir toute information ou tout document et qu'en conséquence, la cour d'appel a pu en déduire que le liquidateur, parfaitement informé du déroulement de la procédure, ne pouvait se plaindre de l'irrégularité de la reprise d'instance, après déclaration de la créance de la société Income, faute de citation par huissier. Autrement dit, l'irrégularité était couverte par l'absence de grief.

Nous pensons qu'il n'y avait aucune obligation de citer par voie d'huissier le liquidateur devant le tribunal arbitral, cette citation pouvant être faite par tout moyen. Même en matière d'arbitrage interne, les dispositions du code de procédure civile français, sauf celles ayant pour objet l'arbitrage, ne sont pas obligatoires pour les arbitres qui « règlent la procédure sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux » (art. 1460 c. pr. civ.). Il en résulte que les articles 63 et 373 du code de procédure civile ne sont pas applicables à la saisine du tribunal arbitral, *a fortiori*, lorsque l'arbitrage est international. La procédure arbitrale est dans ce cas réglée par l'accord des parties en particulier par le Règlement de la Refined Sugar Association sur lequel porte cet accord.

Seules s'imposent au tribunal arbitral les règles françaises applicables aux procédures collectives. Or celles-ci obligent seulement à appeler dans la cause le liquidateur, sans prévoir un formalisme particulier.

L'arrêt approuve alors la cour d'appel d'avoir jugé que la règle de l'*estoppel* interdisait au liquidateur d'invoquer son absence de la procédure arbitrale, dès lors que celle-ci résultait de sa seule volonté de ne pas comparaître devant les arbitres. En particulier, peu importe que la règle de l'*estoppel* n'ait pas été contradictoirement débattue par les parties dès lors que la société égyptienne soutenait que « le liquidateur avait renoncé à se prévaloir des éventuelles irrégularités de la procédure, en ne les dénonçant pas devant le tribunal arbitral, dans le but de se réserver un moyen de recours contre la sentence ». La Cour de cassation juge que « dès lors que les domaines d'application respectifs de la règle de l'*estoppel* et du principe de la renonciation peuvent, dans certains cas, être identiques et qu'il appartient au juge de l'annulation de faire respecter la loyauté procédurale des parties à l'arbitrage, c'est sans violer le principe de la contradiction que la cour d'appel a qualifié d'*estoppel* l'attitude procédurale du liquidateur ». Le respect du contradictoire veut que tout moyen de droit introduit dans la cause par le juge soit débattu contradictoirement par les parties. La Cour de cassation juge qu'en l'espèce le débat a eu lieu dès lors qu'il a porté sur l'application à la cause du principe de la renonciation à invoquer un grief, dont le contenu effectif est identique à celui de l'*estoppel*. De fait, la jurisprudence a développé le principe selon lequel chaque fois que l'une des parties a connaissance d'une irrégularité, elle doit l'invoquer dans les meilleurs délais durant l'arbitrage à peine d'être privée de la possibilité de s'en prévaloir ultérieurement. Cette règle a été justifiée par la Cour de cassation par le principe de l'*estoppel* connu de la *common law*, acclimaté dans l'ordre juridique français même en matière d'arbitrage interne (Civ. 1re, 6

juill. 2005, Rev. arb. 2005. 995, note Ph. Pinsolle ; D. 2005. Jur. 3050, spéc. 3059, note Th. Clay  ; cette Revue 2006. 309, obs. E. Loquin  ; Paris, 7 févr. 2008, Rev. arb. 2008. 501, note J.-B. Racine). Il s'agit de lutter, comme l'écrit M. J.-B. Racine (note préc.), contre le comportement des parties « qui se tiennent en embuscade » et qui s'abstiennent de relever une irrégularité procédurale pour mieux l'invoquer ensuite, en particulier lorsque l'arbitrage tourne mal pour leurs intérêts. En ne contestant pas immédiatement l'indépendance de l'arbitre, la partie a en réalité renoncé à invoquer ce grief par la suite. La conséquence est que l'indépendance de l'arbitre doit être contestée, dès le moment où elle est suspectée, « chaque fois que cela était possible » (Paris, 22 févr. 2007, Rev. arb. 2007. 142). Avant l'acclimatation réussie de l'*estoppel* dans le droit français de l'arbitrage, la jurisprudence parvenait au même résultat en jugeant que les parties renonçaient à invoquer devant la cour d'appel un grief ouvrant le recours en annulation dès lors qu'elle gardait le silence devant le tribunal arbitral sur une irrégularité constituant un grief ouvrant la voie du recours en annulation (sur l'ensemble de la question, L. Cadiet, La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale, Rev. arb. 1996. 1). Cette règle, comme celle de l'*estoppel*, oblige la partie intéressée à soulever les irrégularités de la procédure arbitrale dont elle est la victime, au cours de l'instance arbitrale, à peine de perdre ensuite le droit de les critiquer dans le cadre du recours en annulation dirigé contre la sentence. Le constat de la renonciation a même été étendu, comme l'a écrit le professeur Cadiet, aux droits de la défense, « socle irréductible de tout procès, réserve incompressible d'ordre public procédural » (*op. cit.*, p. 17), alors que l'on pouvait douter que la matière puisse être l'objet de renonciation licite. Pour cette raison, le recours à l'*estoppel* est plus pertinent, car le principe intervient comme la sanction d'un comportement, sans qu'il soit besoin de passer par une volonté implicite d'une partie bien hypothétique. Est alors sanctionné celui qui se contredit au détriment d'autrui. Le constat est objectif. Mais ce rappel montre bien l'identité du domaine d'application des deux règles, lequel justifie le rejet de la cassation.

La Cour de cassation casse cependant l'arrêt de la cour d'appel en ce qu'il a rejeté le recours en annulation fondé sur le principe d'ordre public international de l'égalité des créanciers. En effet, la sentence arbitrale ne s'était pas contentée de fixer le montant des créances constatées, mais avait condamné le débiteur à les payer. La Cour de cassation juge « qu'en se déterminant ainsi, en violation de la règle d'ordre public international de la suspension des poursuites individuelles, la cour d'appel a violé l'article L. 621-41 du code de commerce dans sa rédaction alors applicable » (actuellement art. L. 622-22 c. com.). Le droit des procédures collectives ampute le pouvoir du tribunal arbitral qui ne peut plus condamner le débiteur à payer sa dette, ce qui serait contraire au principe de suspensions des poursuites individuelles, mais seulement fixer le montant de celle-ci.

On constatera que l'article L. 622-22 est jugé applicable directement à la cause en tant que loi de police et que son non-respect est sanctionné au nom de l'ordre public international. Ce mélange des concepts ne doit pas surprendre dès lors que la Cour de cassation juge que les lois de police françaises appartiennent à l'ordre public international français, constituant ainsi un ordre public international matériel. Il est admis, en effet, que les lois de police des États susceptibles de recevoir la sentence sont incluses dans leur ordre public international (sur l'ensemble de la question, Séraglini, *Lois de police et justice arbitrale*, Dalloz, 2001). La Cour de cassation a ainsi déjà jugé que les principes de l'arrêt des poursuites des créanciers, de dessaisissement du débiteur et d'interruption de l'instance en cas de faillite (ouverte en France) sont à la fois d'ordre public interne et international (Civ. 1re, 5 févr. 1991, Rev. arb. 1991. 625, note Idot ; 4 févr. 1992, cette Revue 1992. 794, obs. Dubarry et Loquin ).

La cour d'appel de Paris a également jugé que « les règles relatives au contrôle des pouvoirs publics sur les investissements étrangers résultant de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 expriment par des dispositions impératives la conception d'un ordre public économique international, en ce qu'elles tendent à assurer, dans l'intérêt de la collectivité, l'équilibre des relations économiques et financières avec l'étranger par la maîtrise des mouvements de capitaux à travers les frontières » (Paris, 5 avr. 1990, Rev. arb. 1992. 110, note Synvet). La même solution a été donnée par la cour d'appel de Paris à propos du droit communautaire de la concurrence : « en matière d'arbitrage international, la méconnaissance par l'arbitre d'une règle de droit communautaire porte atteinte à la conception française de l'ordre public

international » (16 avr. 1996, D. Affaires 1996. 569 ; 15 mars 1996, Rev. arb. 1996. 146, note Derains). Cette acrobatie juridique est inévitable dès lors que le recours en annulation ne peut conduire à une révision de la décision des arbitres et que seule la contrariété de la sentence à l'ordre public international permet de rejeter l'exequatur de la sentence qui ne respecte pas une loi de police française.

La cour d'appel de Paris avait justifié sa décision de rejet de la demande d'annulation par le constat que le créancier lui avait demandé de lui donner acte qu'elle ne reprenait pas l'exécution de la sentence. Elle avait motivé cette décision en jugeant que « pour réaliser une violation de l'ordre public international, la reconnaissance ou l'exécution de la sentence doit y contrevenir de manière effective et concrète, ce qui n'est pas le cas d'une violation purement formelle de l'impossibilité de prononcer une condamnation à l'encontre d'une personne morale liquidée ». Les lecteurs assidus de notre chronique auront reconnu les motifs utilisés par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Thales* (Paris, 18 nov. 2004, cette Revue 2005. 263  ; Rev. crit. DIP 2006. 104, note Bollée ; L. G. Radicati di Brozzolo, L'illicéité qui « crève les yeux », critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international, Rev. arb. 2005. 529 ; JDI 2005. 357, note A. Mourre ; Ch. Séraglini, L'affaire *Thales* et le non-usage de l'exception d'ordre public international ou les dérèglements de la déréglementation, Gaz. Pal. 2005, Les Cahiers de l'arbitrage, n° 194-195, p. 5), puis par la Cour de cassation dans l'arrêt *Cytec Industrie* (Civ. 1re, 4 juin 2008, cette Revue 2008. 518 ). Le soutien de cette motivation était en l'espèce malvenue. Force, en effet, était de constater dans le texte de la sentence une violation effective, concrète et flagrante de l'ordre public international dès l'instant qu'un débiteur en liquidation était condamné par les arbitres à payer la créance d'un des créanciers. Peu importe alors qu'ensuite, le créancier déclare renoncer à poursuivre l'exécution de la condamnation, ou que l'exécution s'avère impossible en raison de l'absence d'actif du débiteur.

Mots clés :

ARBITRAGE * Sentence arbitrale * Exequatur * Arrêt des poursuites individuelles * Ordre public international * Violation
REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES * Créancier * Arrêt des poursuites individuelles * Arbitrage * Sentence arbitrale * Ordre public international