ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

8, avenue Bertie-Albrecht
75008 PARIS
01.53.77.24.31

COLLOQUE

du 22 septembre 1999

à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris

ASSOCIATION FRANÇAISE D'ARBITRAGE

8, avenue Bertie-Albrecht
75008 PARIS
01.53.77.24.31

COLLOQUE

du 22 septembre 1999

à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris

« LA PLACE DE L'ARBITRAGE DANS L'ÉVOLUTION DU DROIT DES SOCIÉTÉS »

TEXTE DES EXPOSÉS

Pages

Intervention 5
de Monsieur le Premier vice-Président
Philippe ANDRÉ

Intervention 7
de Monsieur le Bâtonnier
F. MOLLET-VIEVILLE

Conférence 12
de Monsieur le Président Pierre BÉZARD

Remerciements 49
de Monsieur le Bâtonnier
F. MOLLET-VIEVILLE

INTERVENTION

de Monsieur le Premier vice-Président
Philippe ANDRÉ

Si vous avez l'amabilité de m'accorder quelques minutes d'attention, je vous dirai, Monsieur le Bâtonnier, Mesdames, Messieurs, bonsoir et bienvenue à l'Hôtel Potoki. Selon un rituel qui est maintenant, semble-t-il, bien réglé, chaque année, le Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris a l'honneur d'accueillir la manifestation de l'A.F.A., la grand'messe comme disent les initiés de l'arbitrage qui suivent avec fidélité cette rencontre. Michel Franck, empêché, m'a demandé de le représenter et de vous transmettre ses vives excuses ainsi que ses profonds regrets. Mon allocution sera brève dans la mesure où nous attendons l'intervention du Président Pierre Bézard, éminent spécialiste du droit des sociétés et de l'arbitrage sur un sujet évolutif qui mêle les aspects techniques de l'arbitrage et les questions de société. Ce thème de la soirée, la place de l'arbitrage dans l'évolution du droit des sociétés, appelle de ma part une remarque de chef d'entreprise.

En cette fin de siècle, le monde des affaires connaît, je crois, je pense, de grandes transformations notoires. La première est l'accélération du temps du fait de l'utilisation des moyens de communication de plus en plus rapides et performants qui facilitent la multiplication des transactions, la seconde est la mondialisation de l'économie, l'époque des protectionnismes semble révolue, nos entreprises sont davantage exposées à la concurrence étrangère et sont également amenées à commercer maintenant

dans le monde entier. Or ces deux facteurs d'accélération des échanges et d'internationalisation influencent d'une façon très significative la demande de justice des acteurs économiques.

En effet, dirigeants d'entreprise, nous attendons du droit qu'il accompagne ces transformations du monde des affaires, c'est-à-dire que notre droit soit capable de fournir des solutions rapides, adaptées à ce nouveau contexte.

Pour nos entreprises, le litige, source de coûts et de pertes de temps, c'est sûr, doit être minimisé. Plus le différend est bref, plus les moyens mis à sa disposition pour permettre d'obtenir une solution satisfaisante sont utilisés, mieux l'entreprise se développe.

C'est la raison pour laquelle la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, aux côtés de l'A.F.A. notamment, a porté sur les fonts baptismaux le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, convaincue, avec d'autres partenaires institutionnels, que les modes alternatifs de règlement des conflits permettent de répondre efficacement à une demande de droit en évolution. Bien entendu, la médiation trace son propre sillon, indépendamment de l'arbitrage qui détient depuis longtemps déjà ses lettres de noblesse parmi les communautés juridiques et économiques de notre pays. C'est cette évolution du droit et plus particulièrement de l'arbitrage que le Président Pierre Bézard va développer dans quelques instants devant nous. Pour la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et particulièrement pour le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, je considère que le développement de l'arbitrage, notamment parmi les PME, constitue une priorité.

Avant de vous laisser la parole, Monsieur le Bâtonnier, permettez-moi de vous souhaiter, ainsi qu'à tous les membres de votre association, une excellente soirée et de vous dire à l'année prochaine, même lieu, même heure. Merci beaucoup.

INTERVENTION

de Monsieur le Bâtonnier F. MOLLET-VIEVILLE

Cher Président,

C'est aujourd'hui la dix-huitième manifestation annuelle de l'Association Française d'Arbitrage.

Nous voici à l'avant-veille de la fin du XX^{e} siècle.

Est-ce pour autant que mon bref propos liminaire sera teinté de quelque nostalgie ?

Certainement pas. Bien au contraire.

Je tiens à manifester successivement ma reconnaissance, ma satisfaction, mes félicitations et mon admiration.

Ma reconnaissance :

Elle va vers le Président Michel Franck, auprès de qui vous voudrez bien en être, cher Monsieur le Premier vice-Président Philippe André, notre interprète, pour la traditionnelle et amicale hospitalité que, depuis de nombreuses années, ses prédécesseurs comme lui-même ont eu l'obligeance de nous donner en ce magnifique Hôtel Potocki.

Vous savez combien l'Association Française d'Arbitrage en sait gré aux Présidents successifs de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et les en remercie une fois de plus bien vivement.

Ma satisfaction :

C'est celle de souligner l'activité sans cesse grandissante de notre association.

La 24^{e} Assemblée Générale annuelle de l'Association Française d'Arbitrage vient de se tenir voici

quelques instants. Une fois encore, je puis vous exprimer notre très grande satisfaction.

Fidèles à notre tradition depuis 1975 et dans la voie même que notre ami Jean Robert nous avait tracée, nous avons prospéré et ne pouvons que nous en féliciter.

Dans un nombre croissant de contrats passés par de grandes sociétés nationales et multinationales, la clause compromissoire visant le Règlement d'arbitrage de l'A.F.A. devient souvent une clause de style.

Si le nombre de différends que nous avons à connaître reste heureusement limité, la qualité des arbitrages qui nous sont confiés et le chiffre impressionnant du montant des litiges en cause, soulignent combien est grande la confiance dont bénéficie notre institution.

Permettez-moi de souligner une récente innovation qui contribue, pour sa part, à la satisfaction que j'exprime :

L'A.F.A., sous l'aile protectrice du Comité Français d'Arbitrage que préside si brillamment notre ami Bertrand Moreau, va avoir son site dans Internet et pourra ainsi apporter une aide souhaitable à ceux qui désireront avoir recours, sous notre égide, à la solution pratique et rapide des différends qui peuvent naître au cours de la vie des sociétés.

La présentation de l'AFA sur Internet comprendra un bref historique de l'Association, son domaine d'intervention, son Règlement en français et en anglais, la liste des membres de son Conseil d'Administration ainsi que le thème de ses manifestations annuelles, le nom des orateurs et les titres des discours prononcés. Enfin, seront mentionnés la liste des lauréats du Prix Jean Robert et le sujet de l'ouvrage couronné.

Mes félicitations :

Nous avons pu, cette année, attribuer le Prix Jean Robert.

Certes le jury de ce Prix, présidé par notre ami le Professeur Charles Jarrosson, Membre de notre Conseil d'Administration, avait été saisi de quatre candidatures particulièrement brillantes : celle de Monsieur Mantiaux : « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États », celle de Monsieur Abdel Gawad : « Arbitrage et droit de la concurrence », celle de Madame Le Gallou : « Essai d'une théorie générale des règlements amiables en droit privé », et celle de Madame Cécile Legros, soutenue récemment sous la direction de Madame le Professeur Behar-Touchais, et dont le titre s'inscrivait particulièrement bien dans l'activité même de l'A.F.A. : « L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes ».

C'est cet ouvrage, excellent en tous points, qui a remporté le Prix Jean Robert.

Le sujet était nouveau et complexe.

Cette thèse traite plus particulièrement des rapports entre la clause compromissoire et les opérations translatives ainsi que des rapports entre la clause compromissoire et les opérations non translatives. C'est une œuvre d'une rare qualité.

Grâce aux 10 000 Euros que représente le montant du Prix Jean Robert, l'A.F.A., par l'aide apportée à la publication de cette thèse, aura ainsi contribué à ce qu'un large public puisse en prendre connaissance.

Le Prix Jean Robert répondra ainsi, une fois encore, à la motivation même de sa création.

Je suis heureux de remettre ce prix à Madame Cécile Legros ici présente auprès de Madame le Professeur Behar-Touchais et de lui exprimer toutes nos félicitations.

Reconnaissance, satisfaction, félicitations, voici maintenant l'expression de mon admiration :

C'est celle que je porte à mon ami le Président Pierre Bézard.

La carrière du Président Pierre Bézard est exemplaire.

En quelques décennies seulement, car c'est un très jeune magistrat honoraire, nous allons le voir Docteur en Droit, Avocat stagiaire et auditeur à l'École Nationale de la Magistrature à Bordeaux.

Puis, très vite, il est appelé au ministère de la Justice, au Bureau du Droit International et Européen et au Bureau du Droit commercial, chargé du droit des sociétés.

Plus tard, il participera à Bruxelles à l'élaboration des directives du droit des sociétés et boursier.

Enfin, après avoir été Chef du Service juridique de la COB, il deviendra Procureur de la République adjoint à Paris en 1982.

Puis, il sera nommé Conseiller à la Cour de cassation en 1986 en même temps qu'il exerce les activités de Membre du Collège de la COB et Président du Jury d'entrée à l'ENM.

Il assumera les difficiles fonctions de Procureur de la République de Paris en 1988 pour rejoindre à nouveau la Cour de cassation en 1990 et devenir Président, dès 1991, de la Chambre Commerciale, Financière et Économique de la Cour suprême.

Le Président Bézard a été également membre de la Commission d'Instruction de la Haute Cour de Justice et Président du Comité d'Orientation de la Maison du Droit Franco-vietnamien d'Hanoï.

Président Doyen de la Cour de cassation, l'honorariat lui sera conféré le 30 juin dernier.

Le Président Bézard est l'auteur de nombreux ouvrages sur le droit des groupes de sociétés, les sociétés civiles, les O.P.A. et les sociétés anonymes.

De nombreuses missions lui furent confiées en Europe ainsi qu'en Amérique Centrale, en Amérique du Sud, en Afrique, au Maroc, en Éthiopie, à Cuba et en Extrême-Orient, spécialement au cours de ces dix dernières années.

Le Président et Madame Bézard sont entourés de quatre enfants, tous excellents juristes qui, à n'en pas douter, poursuivront la très belle carrière juridique et judiciaire qui fut celle de leur père.

Personne n'était plus qualifié que le Président Pierre Bézard pour traiter du sujet qui a provoqué une très nombreuse assistance, ce qui témoigne de l'intérêt qu'a suscité le sujet du discours que nous allons entendre et qui, vous le savez, a pour titre :

« La place de l'Arbitrage dans l'évolution du Droit des sociétés »

Ayant ainsi exprimé, comme je vous l'avais confié au début de mon propos, ma gratitude, ma joie, mes félicitations et mon admiration, c'est avec grand plaisir que je demande maintenant au Président Bézard de bien vouloir prendre la parole.

CONFÉRENCE

de Monsieur le Président Pierre BÉZARD

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs,

Monsieur le Président, je vous remercie très sincèrement des paroles d'accueil si chaleureuses et bienveillantes que vous avez présentées à mon égard.

Je remercie aussi Monsieur le Premier vice-Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie qui nous reçoit dans ce cadre prestigieux.

Je suis impressionné par le nombre et la qualité des personnalités qui sont réunies ici en cette fin d'après-midi, venues du monde de l'entreprise, de l'université, du Barreau et de la magistrature.

Que l'on m'excuse de ne pas pouvoir citer des noms, j'en aurais pour beaucoup trop longtemps.

Je me bornerai à saluer Madame le Premier Président Rozès, Monsieur le Procureur général Burgelin et Monsieur le Premier Président Vassogne, que j'aperçois au premier rang.

Vous avez souhaité, Monsieur le Président, me voir traiter un sujet important et difficile, celui de la place de l'arbitrage dans l'évolution du droit de sociétés.

J'ai beaucoup réfléchi au cours des mois d'été.

La pratique et la réglementation des sociétés, je pense y avoir été étroitement associé pendant plus de 35 ans de carrière, au Ministère, à la COB, au Parquet de Paris et à la Cour de cassation, sans

oublier, avant d'entrer dans la magistrature, quelques années de contentieux d'entreprise.

L'expérience de l'arbitrage est pour moi plus récente. Mai j'ai eu et j'ai la chance de travailler avec des arbitres et des conseils de grandes qualités. Je me suis d'ailleurs toujours intéressé à la jurisprudence concernant l'arbitrage, et la Chambre de la Cour de cassation à laquelle j'ai appartenu pendant de longues années a rendu un certain nombre de décisions ou donné des avis à la deuxième Chambre civile plus spécialement compétente dans ce domaine.

Je dois rendre hommage aussi aux auteurs spécialistes en droit des sociétés ou de l'arbitrage qui se sont intéressés au problème. Je ne les citerai pas, mais les spécialistes qui sont dans cette salle n'ont pas besoin que je rappelle leur nom. Qu'il me soit cependant permis une exception concernant l'ouvrage que Monsieur le Professeur Cohen m'avait envoyé il y a quelques années et qui avait alors particulièrement retenu l'attention du Président de la chambre commerciale que j'étais.

Les idées que je vais vous présenter le sont avec conviction. Mais je n'ai pas la prétention de trancher définitivement le problème. Je souhaite seulement vous proposer de réfléchir avec moi sur quelques analyses et vous inviter à porter un jugement sur quelques solutions que je propose.

Par avance, je vous remercie de la bienveillante attention que vous voudrez bien porter à mes propos.

INTRODUCTION

1. Les liens étroits existant entre le droit de l'arbitrage et le droit des sociétés

Le droit de l'arbitrage et le droit des sociétés entretiennent des relations étroites et importantes.

Un grand nombre d'arbitrages concernent des problèmes de sociétés. On peut même affirmer, sans risquer d'être contredit, que les arbitrages concernant le droit des sociétés sont largement majoritaires.

Certes, en raison de la confidentialité des arbitrages, il n'est pas possible de faire référence à des statistiques précises. Mais les contentieux judiciaires qui apparaissent dans certains cas, à la suite de recours ou de difficultés d'*exequatur,* le nombre des clauses compromissoires contenues dans les statuts publics ou dans les pactes d'actionnaires lorsqu'ils arrivent à la connaissance du public, surtout les échos verbaux ou écrits que donnent de leur pratique les personnalités qui ont une grande expérience, confirme l'importance de l'arbitrage dans le domaine des sociétés.

2. Les raisons de l'importance de ces liens

a. Place des sociétés

Cette réalité s'explique facilement.

Le domaine du droit des sociétés qui s'applique aux entreprises qui ont décidé de prendre une forme sociale est immense et essentiel pour la vie économique du pays, et donc pour chaque individu.

On a fréquemment exposé en termes très forts les conséquences de l'apparition à la fin du XIX^{e} siècle des sociétés par actions, considérée comme tout aussi révolutionnaire que la découverte de la machine à vapeur et de l'électricité. Ces sociétés par actions qui, par la concentration de leurs moyens en hommes et en capitaux, ont fait la puissance des pays occidentaux, en soulevant cependant — il faut bien l'admettre — quelques problèmes.

Depuis, le phénomène du développement du domaine des sociétés n'a fait que s'accentuer.

À la suite des concentrations, les entreprises industrielles, les entreprises de distribution, les

entreprises de services sont devenues de plus en plus considérables et ont essaimé des filiales dans le monde entier.

La plupart de ces grandes sociétés négocient leurs titres sur les marchés réglementés où interviennent massivement les épargnants soit individuellement soit, fréquemment, par l'intermédiaire de fonds d'investissement.

La bourse est pour les dirigeants des sociétés cotées un lien privilégié où à la lumière des médias, ils se rassurent sur la bonne santé de leurs sociétés, réalisent des mariages heureux et font quelques fois de mauvaises rencontres qui suscitent des combats féroces.

Ce droit des sociétés n'est d'ailleurs pas seulement celui des sociétés dont les titres sont cotés. C'est aussi celui de milliers de petites et moyennes sociétés, qui cherchent ainsi à mieux assurer leur développement même si, quelques fois, des raisons fiscales et sociales motivent aussi leurs dirigeants. Ces sociétés ont un rôle important pour l'économie du pays.

Cependant, il faut surtout souligner que le domaine du droit des sociétés ne concerne pas seulement les activités considérées comme commerciales au sens des articles 632 et 633 du Code civil, c'est-à-dire de production, de distribution et de services, mais aussi les activités purement civiles.

Les activités libérales, les activités agricoles et de construction se structurent de plus en plus fréquemment sous la forme de sociétés et de sociétés pas seulement civiles mais aussi de capitaux.

Finalement, en cette fin du XX^{e} siècle, on est conduit à constater que bien peu d'activités humaines échappent à cet engouement, nécessaire, de se structurer sous une forme sociale. Il en est seulement ainsi des activités personnelles, familiales ou désinté-

ressées, car il est difficile d'évoquer à leur égard une démarche d'entreprise et économique.

Les choses ne paraissent cependant pas si simples puisque, à la suite de la réforme de l'article 1832 du Code civil, il est possible de constituer une société dans le seul but de rechercher une économie et que les particuliers ne s'en privent guère, par exemple pour gérer un bien.

b. Les conflits.

L'importance des sociétés ainsi soulignée, il convient d'évoquer les conflits qui peuvent les concerner.

Il n'est pas toujours possible de les éviter, même en faisant appel à des techniques très à la mode comme la conciliation et la médiation. Ces conflits peuvent être internes et naître entre associés — minoritaires contre majoritaires — entre associés et sociétés, entre société et représentants légaux.

Toutes les étapes de la vie d'une société peuvent faire l'objet de contentieux : constitution, décision des organes dirigeants ou des assemblées, transformation, fusion, opérations boursières.

Ces conflits peuvent être aussi externes ; ils peuvent opposer la société à des tiers ou un associé à un tiers, ou un associé à un ancien associé qui a cédé sa participation.

Ces conflits sont devenus plus nombreux ces dernières années. Cela n'est pas propre au secteur des sociétés : dans tous les domaines, on constate la volonté des individus de voir mieux respectés leurs droits et ils n'hésitent plus à engager des contentieux.

En ce qui concerne les associés, pour s'en tenir à ce seul exemple, on relève que le temps de la passivité est révolu. Ceux-ci peuvent se regrouper, ont la possibilité d'agir grâce aux solutions offertes par le

législateur, en particulier pour leur permettre de recueillir des preuves.

Les facultés françaises sortent en grand nombre de jeunes juristes mieux préparés au monde économique et financier que leurs aînés qui intègrent les différentes professions du droit.

Tous les acteurs économiques bénéficient de l'aide de conseils hautement spécialisés et motivés.

Mais si leur compétence et leur prudence les conduisent souvent à éviter des conflits, leur lucidité et leur dynamisme les amènent à pousser à l'action.

3. Les solutions pour régler les conflits

Pour régler les conflits, il faut des procédures et des hommes de qualité.

Nous savons que deux voies peuvent être empruntées.

a. Les tribunaux étatiques

La première est celle des juridictions étatiques. Ce sont généralement les tribunaux judiciaires avec en première instance les tribunaux de commerce composés d'hommes de l'entreprise et en appel, comme en cassation, de magistrats professionnels. Exceptionnellement, cela peut être des tribunaux administratifs quand l'État est concerné.

Le passage devant les tribunaux judiciaires est imposé lorsque le demandeur met en jeu les dispositions pénales qui sanctionnent les manquements à la réglementation sur les sociétés. Il est obligatoire aussi lorsqu'il s'agit de contester les décisions des autorités boursières. C'est la voie habituellement suivie lorsqu'il s'agit d'actions menées par des minoritaires regroupés en association. Mais en dehors de ces cas, des contentieux assez nombreux opposent devant les tribunaux des entreprises entre elles ou associés, ou des associés contre leur dirigeant. On

peut même considérer que le nombre de ces procès est en augmentation.

La seconde voie est celle de l'arbitrage, celle qui nous retient ici.

La voie de l'arbitrage en matière de sociétés est souvent privilégiée par les gens de l'entreprise.

On invoque habituellement un certain nombre d'avantages que présenterait l'arbitrage par rapport à la procédure judiciaire. Ces avantages ont un poids particulier dans les contentieux concernant les sociétés.

C'est d'abord l'intérêt qui paraît souvent essentiel de la discrétion de la procédure. Les gens de l'entreprise ne souhaitent pas que se retrouvent dans les prétoires et sur la place publique, commentés par les médias, leurs dissensions internes ou leurs contentieux avec d'autres sociétés.

C'est aussi la rapidité de la décision obtenue qui sera appréciée. Il n'est pas souhaitable, quand des difficultés graves perturbent le fonctionnement de l'entreprise ou quand des enjeux financiers importants sont en cause, que le contentieux s'éternise. Il est rarement prévu que la décision puisse faire l'objet d'un appel.

C'est encore le choix des arbitres, qui est effectué par les parties, qui est considéré comme un avantage. Ces arbitres, pour traiter des problèmes liés au fonctionnement des entreprises et à la réglementation qui leur est applicable, doivent être particulièrement compétents. Il est quelquefois souhaitable d'associer des personnalités de formation et de pratique différentes au règlement du litige, comme des experts-comptables ou des techniciens.

On souligne souvent qu'en matière de sociétés, l'arbitrage est susceptible de consacrer un type de justice aux conséquences moins brutales et radicales que la justice étatique. L'arbitrage permettrait de

régler un conflit tout en maintenant les relations entre les membres de la société. Le recours à l'amiable composition, autorisant à prendre des libertés par rapport à la règle de droit, faciliterait cette solution.

On peut rappeler en effet que pendant très longtemps, l'arbitrage était obligatoire en cas de conflits entre associés. C'était le cas sous l'ancien régime et la révolution, et que le Code de commerce de 1807 (article 51) avait maintenu fermement cette solution. La raison était le désir de voir conserver dans la mesure du possible les relations entre associés, malgré le conflit.

C'est la loi des 17 et 23 juillet 1856 qui a supprimé la règle de l'arbitrage forcé en matière de sociétés. La compétence pour connaître des contentieux entre associés des sociétés de commerce relève dorénavant des tribunaux de commerce. Il faut admettre cependant que la procédure souple, appliquée par ces tribunaux, composés de gens de l'entreprise, ne parait pas très éloignée de l'arbitrage.

4. La conséquence : permettre l'utilisation large de l'arbitrage

Compte tenu de l'intérêt que présente en matière de sociétés l'arbitrage, procédure que les gens de l'entreprise ont tendance à privilégier, il importe que cette voie puisse être utilisée par eux le plus largement possible. Cette solution s'impose dans les pays d'économie libérale et démocratiques, comme cela se passe dans les autres pays occidentaux, et maintenant dans la plupart des pays du monde et aussi sur le plan de l'arbitrage international.

a. Les blocages

Or l'arbitrage, dont l'utilisation est indiscutablement importante, se heurte cependant, en droit interne français à l'heure actuelle, à des difficultés et

des obstacles qui en fragilisent l'utilisation et en bloque le développement.

b. L'origine

Si l'on s'interroge sur l'origine et l'importance de ces problèmes, on peut scinder l'analyse en deux points.

Il y a d'abord la réglementation propre de l'arbitrage qui, sans doute par méfiance de cette procédure et par méconnaissance de la réalité économique, maintient, par des règles vieillies et obsolètes, le domaine de l'arbitrage aux seules sociétés commerciales.

Il y a ensuite le droit applicable à ces sociétés commerciales, lesquelles peuvent donc seules faire l'objet d'arbitrage. Ce droit est lourd, il est contraignant, il contient un nombre important de règles impératives. Il constitue donc une certaine menace pour le droit de l'arbitrage.

c. Nécessité d'une évolution

Il est donc fortement souhaitable de faire évoluer cette situation sur ces deux points. La jurisprudence a joué à cet égard un rôle important en faveur de l'arbitrage, en particulier ces dernières années, mais elle ne peut pas tout régler.

Il importe en conséquence de modifier les textes.

En ce qui concerne les textes relatifs à l'arbitrage, on pourrait espérer qu'ils fassent l'objet d'une réforme radicale. Mais il me semble que les espérances sont faibles. Qui a suffisamment de poids pour obtenir cette réforme ? Les textes évoluent, hélas devrions-nous dire, que lorsqu'il y a une pression de la rue ou de fortes campagnes médiatiques. Rien de tel n'est envisageable pour l'arbitrage. Et les déclarations de bons esprits, dont nous sommes, ne suffisent pas.

Pour ma part, je crois que c'est l'évolution du droit des sociétés qu'il faut attendre des résultats.

Cette évolution est en marche. D'une part, elle démontre et démontrera toujours plus que la distinction entre sociétés commerciales et civiles n'est plus soutenable. Il en résultera nécessairement les conséquences qui s'imposent dans le droit de l'arbitrage.

D'autre part, cette évolution conduit et conduira de façon toujours plus éclatante vers une réglementation plus souple où la liberté contractuelle des acteurs économiques sera plus grande, le nombre des litiges d'ordre public plus limité. Le fonctionnement de l'arbitrage en sera considérablement facilité.

I – LES OBSTACLES AU DÉVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE : POUR L'UNIFICATION DU DROIT APPLICABLE AUX SOCIÉTÉS

Les textes applicables à l'arbitrage ont établit des règles qui en restreignent l'utilisation dans le domaine des sociétés.

Certes, la jurisprudence a donné de ces règles une interprétation souple qui a favorisé le développement de l'arbitrage dans ce domaine.

Mais la jurisprudence n'a pas les moyens d'écarter de façon radicale ces obstacles.

C'est donc une modification fondamentale des textes qui doit intervenir. Nous exposerons quelles solutions pourraient être consacrées.

Observations préliminaires

Avant de développer ces différents points, il convient d'apporter deux précisions. D'abord, il ne sera question ici que de l'arbitrage interne. L'arbitrage international obéit à d'autres solutions, d'ailleurs beaucoup plus favorables, ce qui est une raison supplémentaire pour conduire à l'évolution des règles internes.

Ensuite, les obstacles résultants des textes qui seront décrits ne concernent que la clause compromissoire. Il s'agit de la disposition par laquelle les parties ont entendu, par avance, soumettre à des arbitres les difficultés qui pourraient éventuellement naître de la convention qu'elles ont établie ou des statuts des sociétés qu'elles ont signés. La clause compromissoire est une référence essentielle dans le droit car c'est elle qui habituellement déclenche l'arbitrage. Le compromis est établi au moment où naît la difficulté. Donc tardivement, alors que les parties sont souvent moins disposées à aller à l'arbitrage et à déterminer la mission des arbitres. Le compromis pose moins de problèmes que la clause compromissoire car les parties disposent de la plénitude de leurs droits.

1. Les textes

Deux textes fixent le domaine de l'arbitrage et détermine les conditions de validité de la clause compromissoire.

L'un se trouve dans le Code civil. Il s'agit de l'article 2061 qui énonce :

« La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par loi ».

On remarque d'emblée que ce texte n'est pas favorable à l'arbitrage puisqu'il pose le principe que l'usage d'une clause compromissoire est interdit, sous menace de nullité de ladite clause.

Des exceptions peuvent cependant intervenir. Mais il faut qu'elles aient été expressément établies par loi. On relèvera que cette solution résulte d'un texte relativement récent puisqu'il s'agit d'une loi du 5 juillet 1972.

Qu'en est-il en matière de sociétés ?

Il existe une exception expresse qui, dérogeant au principe d'interdiction, permet le recours à l'arbitrage.

Cette exception est établie par l'article 631 du Code de commerce.

Selon ce texte :

« Les tribunaux de commerce connaîtront :

1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ;

2° des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce ;

3° de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendraient à se produire ».

On soulignera que l'article 631 est un texte de portée générale qui fixe à titre principal dans son alinéa premier la compétence des tribunaux de commerce. Il le fait par référence à trois types de contestations.

À titre complémentaire et par exception, comme l'établissent les termes « Toutefois, les parties pourront... », il autorise dans les cas énumérés déterminant la compétence des tribunaux de commerce l'établissement d'une clause compromissoire.

Domaine de la clause compromissoire et compétence des tribunaux sont donc étroitement liés. Cette solution résulte d'une loi du 31 décembre 1925 qui a complété l'article 631, un des rares articles subsistant du Code de commerce de 1807.

En ce qui concerne le domaine de la clause compromissoire en matière de sociétés, il est précisé par le 2° de l'article 631. Il concerne les « contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce ».

Pour fixer la portée de ce texte, il convient de déterminer le sens des termes employés, successive-

ment de : « société de commerce », d'« associés » et de « raison d'une société de commerce ».

a. La société de commerce

Le terme « société de commerce » est un terme qui paraît à l'heure actuelle archaïque, et qui recouvre la notion de sociétés commerciales.

Peuvent être valablement concernées par une clause compromissoire les sociétés qui ont pris la forme d'une société commerciale. La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales les énumère.

Puisque la clause compromissoire d'arbitrage est réservée exclusivement aux sociétés commerciales, sont nécessairement exclues les sociétés civiles qui relèvent de statuts particuliers.

Il est de même des sociétés coopératives agricoles (Code rural, article L 521-1 et s) qui, selon les textes, « forment une catégorie spéciale de sociétés, distinctes des sociétés civiles et des sociétés commerciales ».

Ainsi, un nombre important de sociétés ne peuvent bénéficier des solutions liées à la possibilité d'avoir recours à une clause compromissoire.

Bien entendu les groupements qui n'ont pas une forme sociale, en particulier les groupements d'intérêt économique, établis par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967, n'entrent pas dans le cadre juridique de l'article 631-2° du Code de commerce.

Mérite aussi d'être soulevé le problème des sociétés à capitaux publics.

Selon l'article 2060 alinéa 1 du Code civil, « on ne peut compromettre sur les contestations intéressant les collectivités publiques, et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». La solution concerne non seulement la clause compromissoire mais aussi le compromis. Mais une dérogation est prévue : « Toutefois, des catégories d'établissements

publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre. »

En réalité, aucun décret n'a été pris. Seuls certains établissements ont reçu l'autorisation spéciale de compromettre.

Mais le problème est celui des sociétés à capitaux publics. Il faut à cet égard distinguer les sociétés où l'État est seul actionnaire, plus précisément les sociétés nationalisées — elles sont de moins en moins nombreuses —, des autres sociétés commerciales où l'État ou des collectivités publiques détient une part plus ou moins importante. Il n'y a pour ces dernières sociétés aucune raison de textes de les écarter du bénéfice de la clause compromissoire, puisque l'article 631 est applicable à toutes les sociétés commerciales.

b. Les associés

Autre référence faite par l'article 631-2 : pour qu'il y ait possibilité de recourir à une clause compromissoire, il faut que soient concernés des contestations entre associés.

La notion d'associé mérite donc d'être précisée.

Elle doit l'être par référence à l'article 1832 du Code civil. C'est-à-dire qu'est associé celui qui a fait un apport, qui participe aux bénéfices ou à l'économie réalisée et qui contribue aux pertes. L'associé est animé de l'*affectio societatis,* c'est-à-dire qu'il est censé collaborer d'une manière volontaire, effective, égalitaire et intéressée au fonctionnement de la société.

En réalité, l'*affectio societatis* est très affaibli sinon inexistant dans les sociétés dont les titres sont cotés en bourses les investisseurs recherchant la rentabilité de leur placement.

La notion d'associé peut poser quelques problèmes lorsque l'on se trouve en présence de titres indivis ou faisant l'objet d'un démembrement entre

un usufruitier et nu-propriétaire, ou encore dans le cas d'époux. Divers textes du Code civil et du droit des sociétés, complétés par la jurisprudence, résolvent ce problème. Plus délicate est la question de la qualité du porteur des titres nouveaux qui ont été créés ces dernières années dans le but de séduire les investisseurs : actions à dividende prioritaire, sans droit de vote, certificats d'investissement, obligations échangeables contre des actions, obligations avec bons de souscription d'actions et surtout valeurs mobilières dites composées, qui permettent, par des procédés divers, l'attribution à tout moment ou à date fixe, de titres ;

Les frontières entre la qualité d'associé, de créancier et de tiers qui étaient autrefois très claires, n'apparaissent plus aussi nettement et se modifient très rapidement.

D'ailleurs, les nouveaux textes applicables aux sociétés dont les titres sont cotés s'attachent moins à la détention d'une partie du capital qu'au nombre de droits de vote.

En l'état du texte, ne peuvent être retenus que les seuls associés au sens du droit des sociétés. On relèvera que le texte ne concerne pas les dirigeants qui ne sont pas des associés, comme certains gérants ou les membres du directoire.

c. Les contestations pour raisons de sociétés

La clause compromissoire ne peut être fondée, et c'est la troisième condition, que si la contestation intervient « pour raison de société. »

Là encore, les textes sont archaïques et méritent d'être interprétés.

On considère habituellement que par contestations pour raison de société, on entend toute contestation ayant une incidence sur le pacte social qu'ils ont établi et approuvé lors de la constitution de la

société ou qui s'est imposé à eux lorsqu'ils sont entrés dans la société.

Tous les contentieux concernant ce pacte qui peuvent les opposer relèvent de la compétence du tribunal de commerce et peuvent faire l'objet d'une clause compromissoire.

Le domaine qui en résulte est vaste et comprend les contestations concernant la constitution, le fonctionnement, la dissolution et la liquidation des sociétés.

Ainsi, lorsque le contentieux entre associés sera étranger au pacte social, par exemple pour un problème qui n'a rien à voir avec la société, la clause compromissoire ne pourra être utilisée.

Reste un problème délicat et important, car très pratique, celui de savoir si la cession des droits sociaux entre associés peut faire l'objet d'une clause compromissoire. Est-ce que cette cession doit être considérée comme ayant des conséquences pour le pacte social ? Le problème sera examiné ci-dessous.

2. La jurisprudence

Les tribunaux se sont donc trouvés devant des textes qui n'étaient guère favorables à la clause compromissoire.

D'une part, cette possibilité n'est permise qu'aux seules sociétés commerciales et en aucun cas aux autres types de sociétés.

Ensuite, seules les contestations entre associés sont concernées. Ne sont donc pas visées les contestations des associés contre la société ou contre ses dirigeants ou les contestations envers les tiers.

Il est vrai que si les associés sont commerçants, par application de l'article 631-1°, la clause d'arbitrage pourra être établie dans les contestations entre eux et la société.

Enfin, si le domaine des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce est assez ouvert, il n'en demeurera pas moins que des doutes importants se posent dans certains domaines, plus particulièrement en matière de cession de titres.

Les tribunaux ont eu de multiples occasions d'appliquer l'article 631-1° du Code de commerce. Ils l'ont fait en donnant à ce texte une interprétation souple et large, même prétorienne. En ce sens, ils ont fortement favorisé le développement de l'arbitrage interne.

Ils l'ont fait directement en tranchant les procédures qui leur étaient soumises en matière d'arbitrage, d'une manière positive.

Mais aussi, et l'on peut dire surtout, leur action en faveur de l'arbitrage s'est effectuée de façon indirecte. En effet, en élargissant le domaine du droit commercial, en faisant évoluer le droit des sociétés, les juridictions ont élargi la compétence des tribunaux de commerce et par là, nécessairement, de l'arbitrage qui y est nécessairement lié. Nous indiquerons les points essentiels de cette évolution et de cet élargissement.

On peut regretter cependant que la jurisprudence ait été un peu frileuse sur certains problèmes que nous évoquerons.

Mais, et là aucun reproche ne peut lui être fait, la jurisprudence se trouve confrontée à des obstacles de textes que seul le législateur peut résoudre.

a. Les avancées de la jurisprudence.

La jurisprudence a élargi de façon très sensible la portée du texte.

Le point essentiel concerne la possibilité d'établir une clause compromissoire dans les contestations entre associés et société. La solution, qui ne résulte pas du texte, est opportune. Ne pas la permettre conduirait à limiter de façon considérable la compé-

tence des juridictions commerciales et donc de l'arbitrage en matière de société. Elle est logique, les associés qui se plaignent d'un dysfonctionnement de la société doivent pouvoir agir contre la société. C'est elle qui décide par l'intermédiaire de ses organes de direction et de ses assemblées. Même si les actionnaires majoritaires ou disposant du contrôle jouent un rôle déterminant, ils ne peuvent être personnellement mis en cause sauf rares exceptions. La jurisprudence est très nettement fixée en ce sens pour toutes les opérations concernant la société ou en rapport avec elle.

Il en est en particulier ainsi s'agissant du problème délicat des comptes courants.

Un autre point établit une avancée de la jurisprudence : il s'agit des contentieux qui concernent personnellement les dirigeants. Il n'y a pas de problèmes si le dirigeant mis en cause est un associé, ce qui est habituellement le cas. Mais au regard de l'article 631-2°, l'action ne paraît pas possible si le dirigeant n'est pas associé, ce qui est le cas de certains gérants et des membres du directoire.

La jurisprudence commerciale admet que ces actions peuvent être menées par la société, des associés contre le dirigeant concernant la manière dont il a mené son action au nom de la société au regard de l'objet social, de l'intérêt social, des pouvoirs des autres organes et par rapport à la compétence et à la diligence que l'on est censé attendre de lui : se pose ainsi des problèmes d'étendue des pouvoirs du dirigeant, de rémunération et de sanction en cas de manquement. L'action des tiers est aussi admise contre les dirigeants mais dans des cas limités, lorsque l'acte est détachable des fonctions.

Un troisième point, particulièrement important traduit aussi une évolution sensible de la jurisprudence : il s'agit du problème des cessions de droits sociaux.

Il fait l'objet de nombreux contentieux, d'ailleurs en augmentation constante.

Des actions ou des parts de sociétés ont été cédées et, c'est le cas le plus fréquent, le cessionnaire considère qu'il a été trompé et veut faire jouer la garantie de passif.

Dans d'autres cas, le problème du transfert des titres cédés est en jeu ou encore le règlement du prix.

Des promesses de vente, des options d'achat ou des protocoles généraux d'accord comprenant des cessions de titres font aussi l'objet de litiges.

La question ne soulève pas de difficultés lorsque la cession intervient entre deux commerçants.

La difficulté naît lorsqu'une des parties à la cession, à plus forte raison les deux, ne sont pas commerçantes.

La Cour de cassation a jugé par une décision ancienne (Req., 26 décembre 1945 : JCP 1946.II.310, rapport Lescot) en ne se référant à aucun texte précis que la cession de droits sociaux était par nature civile.

Par la suite, la jurisprudence a fondé cette solution sur le fait que la cession entre particuliers et les contentieux la concernant n'intervenaient pas « pour raison de société de commerce » comme l'exigeait l'article 631-2°.

Cette référence a permis une évolution certaine vers la commercialité et donc vers l'arbitrage des cessions de droits.

Il en a été ainsi jugé lorsque la cession était liée à une opération affectant tant la société elle-même, par exemple, selon la Cour de cassation, en cas de liquidation de la société (Com., 8 juillet 1963, Bull. civ. N° 362 p. 306).

Mais le caractère spectaculaire de cette évolution s'est surtout manifesté à propos des cessions considérées comme de contrôle.

La jurisprudence a en effet décidé et maintenu de façon constante que lorsque les cessions de titres d'une société entraînait le changement de contrôle de cette société, cette cession avait un caractère commercial (Com., 5 mars 1991, RTDCom 1991, 376, n° 2 obs. Derrupé).

On relèvera qu'on ne se réfère plus au fait que la cession a eu lieu entre associés pour raison d'une société de commerce, comme dans les premiers arrêts qui avaient consacré cette solution (ainsi : Com., 29 mai 1978, Rev. Arb. 1979-221, note Rubellin-Devichi).

On peut considérer que, pour la jurisprudence actuelle, le simple fait qu'a été constaté que la cession des titres était d'une importance telle qu'elle transférait le contrôle de la société entraîne le caractère commercial. On rappellera que l'article 355-1 de la loi 1966 sur les sociétés détermine la notion de contrôle. Il peut s'agir d'une cession entre associés ou un tiers.

La cession est considérée en elle-même comme un acte de commerce, qu'importe les parties en cause.

Dans une décision récente, la chambre commerciale a jugé que le simple fait que l'opération était en relation avec une opération concernant le contrôle d'une société suffisait (Com. 26 mars 1996, bull. civ., n° 93).

L'évolution de la jurisprudence a donc été très importante en matière de cession de droits sociaux. On peut s'en féliciter tout en regrettant qu'elle ne soit pas allée au bout de cette évolution.

Il serait souhaitable de permettre l'utilisation de la clause compromissoire pour toute cession de titres d'une société commerciale quelle que soit son impor-

tance, c'est-à-dire même pour celles qui ne concernent pas une cession de contrôle.

Cette solution paraît pouvoir être fondée sur le fait qu'aucune cession de titres, même peu importante, ne peut être considérée comme sans rapport avec le fonctionnement de la société.

Dans les sociétés de personnes et les SARL, la cession doit être signifiée à la société et si elle est faite à un tiers, elle est soumise à agrément.

Dans un grand nombre de sociétés anonymes petites et moyennes, une clause d'agrément est prévue, que la société peut dès lors refuser d'agréer le cessionnaire en présenter ou proposer un autre ou acheter les titres en réduisant son capital.

Pour ce qui est des sociétés dont les titres font l'objet de négociations, sur les marchés réglementés, les clauses d'agrément ne sont pas autorisées par les autorités boursières et les négociations des titres s'effectuent très souplement.

La compétence des juridictions commerciales s'applique cependant très largement. Il en est ainsi en matière d'offres publiques.

On peut espérer une évolution de la jurisprudence qui supposerait des solutions plus simples, plus claires et unifiées à l'ensemble des cessions de titres.

Il restera cependant des obstacles que la jurisprudence ne peut pas elle-même écarter.

3. L'évolution nécessaire des textes

En l'état des textes, la clause compromissoire ne peut être utilisée que pour des opérations concernant des sociétés commerciales à l'exclusion de celles relatives aux sociétés civiles et aux sociétés coopératives agricoles.

La solution n'est pas satisfaisante. Nous expliquerons pourquoi à notre avis cette solution, qui pou-

vait se justifier à une certaine époque, n'est plus fondée actuellement.

Nous proposerons, en conséquence, quelques éléments de réflexion pour conduire à une réforme.

a. Raisons de cette solution

Interrogeons-nous d'abord sur les raisons qui ont conduit à consacrer une distinction aussi fondamentale entre le domaine civil et le domaine commercial.

C'est dans notre pays et dans certains pays qui nous ont suivi la « summa divisio » en droit privé. Pourquoi ?

La raison en est essentiellement due à la composition de la population française et à son état d'esprit.

La France a été pendant des siècles et jusqu'à une époque relativement récente essentiellement composée d'une population agricole et de façon complémentaire de salariés de l'État, en particulier des militaires, des enseignants, ainsi que d'une population bourgeoise exerçant des professions libérales, médecins, experts... Il convient de ne pas oublier les artistes et les écrivains. En bref, la France, mère des arts, des lettres et des lois a une agriculture forte qui la nourrit. Pour être tout à fait juste, on ajoutera qui nourrit ses rois, ses empereurs, ses républiques et leurs armées.

Cette France est peu portée vers le commerce, elle se méfie du monde des affaires qui lui paraît spéculatif et immoral.

Cette France n'est pas désintéressée mais ce qui compte pour elle, c'est une richesse stable, celle qui résulte de la propriété immobilière.

L'encadrement juridique de cette France traditionnelle est assuré par les règles de droit civil.

Ces règles consacrées par le Code civil visent essentiellement à assurer la protection de la propriété des biens immobiliers et leur transmission.

Pour gérer ces biens, de même que pour exercer des activités agricoles ou artisanales, il n'a pas paru nécessaire pendant très longtemps de faire appel à des structures sociales.

Mais à côté de cette France traditionnelle, très majoritaire, s'est développé une France commerçante. D'abord isolée avec ses propres usages, ses arbitres, s'enhardissant, enfin consacrée par la création des tribunaux de commerce par Michel de l'Hopital — tout en conservant la voie de l'arbitrage — par l'établissement de propres réglementations par les ordonnances de Colbert et le Code de commerce.

Le monde commercial va développer sa puissance à la fin du XIX^{e} siècle avec l'apparition de la grande industrie, le développement du commerce international et la multiplication des activités de service.

Ce développement a été réussi grâce à l'admirable outil que présente les sociétés.

Mais ces activités commerciales parties à la conquête des marchés et à la recherche d'une rentabilité toujours plus forte a donné lieu à quelques dérives et abus dont ont été victimes des concurrents, des salariés, des épargnants, des consommateurs, des fournisseurs.

Ainsi est née une réglementation très complète et sévère des activités commerciales essentiellement afin de préserver les partenaires de l'entreprise.

Par ailleurs, ce droit commercial a été longtemps placé sous la tutelle de l'État qui s'y est impliqué directement en nationalisant des entreprises, en entrant dans le capital de certaines autres et en enlevant aux juges traditionnels ainsi qu'aux arbitres le droit de connaître des contentieux concernant ces sociétés où il était intéressé.

Mais même étroitement réglementé, même bridé, le droit commercial a renversé à son profit l'équilibre qui existait en faveur du droit civil.

Le droit civil a non seulement perdu de son importance mais encore il a été profondément influencé par le droit commercial.

Toute personne dans sa vie personnelle ou familiale, comme dans ses activités professionnelles rencontre et a besoin de plus en plus des techniques commerciales.

Cela est évident au regard du rôle occupé par les banques dans la vie de chacun. Cela est vrai aussi de la Bourse lorsqu'il s'agit de rentabiliser ses économies par des placements directs ou indirects par l'intermédiaire des SICAV et fonds communs.

De plus en plus nombreux sont ceux qui désirent structurer et dynamiser leurs activités professionnelles en constituant des sociétés, sociétés qui regroupent même dans le secteur civil traditionnel : agriculture et professions libérales, de nombreux associés et capitaux.

Ces personnes sont tenues de par leurs statuts de se soumettre à des juges civils mais ils attendent d'eux dorénavant beaucoup plus que la connaissance des règles du droit de la famille ou de la responsabilité, mais aussi une compétence sérieuse en droit des affaires.

Enfin, et cette évolution est essentielle, certaines activités civiles sont apparues comme susceptibles de créer de graves problèmes. On connaît les abus qui sont intervenus dans le domaine de la promotion — construction dans les années 60, faute d'une réglementation adaptée. On se souvient aussi du scandale des sociétés civiles de placement collectif immobilier dans les années 70, qui ont utilisé la structure de sociétés civiles au statut imprécis pour attirer des milliers d'épargnants. Moins médiatisés mais tout aussi graves les sinistres subis par de nombreux apporteurs de capitaux et créanciers du fait de gérants de certaines sociétés civiles à activité et structure incertaine.

Les activités civiles ne sont pas comme le pensait le législateur napoléonien des activités de bon père de famille. Pour réglementer ces activités civiles dont le caractère préjudiciable s'était ainsi manifesté, c'est tout naturellement que l'on a fait appel aux techniques commerciales. En effet, la réglementation des sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne comme celle des sociétés civiles est empruntée au régimes des sociétés commerciales. Elle a été élaborée par des commercialistes.

Mais il faut aller plus loin dans l'analyse de cette évolution et de ses conséquences. Non seulement le droit civil a perdu de son importance par rapport au droit commercial, non seulement il est fortement influencé par celui-ci, mais surtout, à la suite de ce mouvement, il se fissure et il éclate en fait.

Il apparaît dorénavant que le domaine civil recouvre deux types d'activités distinctes.

Il s'agit d'une part des activités personnelles, familiales, de gestion patrimoniale ou des activités désintéressées.

Il s'agit d'autre part d'activités professionnelles, d'entreprises, qui peuvent être qualifiées d'activités économiques et qui s'exerce habituellement sous cette forme. Mais cette qualification d'activité économique transcende la distinction qui paraît maintenant archaïque entre le domaine civil et le domaine commercial.

On voit mal la différence qui existe entre une activité agricole ou de construction qui a pris la forme d'une société et une activité industrielle et commerciale. La même remarque peut être faite entre activités de services.

Pour les personnes morales ayant une activité économique, la même réglementation concernant le droit des sociétés doit s'appliquer.

Aussi les mêmes tribunaux doivent être compétents, comprenant des juristes particulièrement aver-

tis dans le domaine du droit des affaires. Nous savons qu'une réforme des tribunaux de commerce est en cours.

Enfin, l'arbitrage, et plus encore la clause compromissoire, doit pouvoir concerner toute société. Cette réforme s'impose. L'évolution l'a amené à pleine maturité. La distinction entre activité économique commerciale et civile ne relève plus que de faux-semblants.

D'ailleurs, des réformes récentes ont amorcé le mouvement en prévoyant la prise en compte de personnes morales de droit privé (procédure d'alerte, procédures collectives).

Mais il faut encore aller plus loin.

Faut-il le faire d'une manière radicale en s'attaquant de front à la distinction entre domaines civil et commercial ? C'est la démarche qui pourrait paraître la plus complète et donc la plus satisfaisante. Elle passerait par la modification des articles 632 et 633 du Code de commerce qui déterminent les activités commerciales. Il ne faut pas se cacher qu'une telle réforme pourrait donner le vertige à certains, soulevant des discussions passionnantes autant sans doute qu'ésotériques et que, finalement, le projet risque de tomber aux oubliettes.

Il semble dès lors préférable de résoudre le problème d'une manière plus simple et discrète ce qui éviterait toute médiatisation juridique — l'époque est d'ailleurs à ce genre de réforme — et aboutirait finalement à la solution souhaitée, dont les conséquences seraient importantes.

Il s'agirait uniquement de résoudre le problème, d'ailleurs essentiel, des groupements. L'article 631-2° du Code de commerce, dont la rédaction est, rappelons-le la suivante : « Les tribunaux de commerce connaîtront :

2° des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce... », serait rédigé comme

suit : « Les tribunaux de commerce et des sociétés connaîtront :

2° des contestations entre toutes personnes pour raison d'une société commerciale ou d'une personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique. Des textes exprès pourront écarter cette compétence au profit des tribunaux civils ».

On retiendra que sont visés non seulement les sociétés mais les personnes morales de droit privé non commerçantes, comme les groupements d'intérêt économique à objet civil.

Tous les contentieux relatifs aux personnes morales ainsi visées sont concernés, qu'ils interviennent entre associés, avec la société, contre les dirigeants, ou avec des tiers.

Sont réservées cependant les exceptions prévues expressément par des textes ainsi ceux concernant les salariés ou les consommateurs (éventuellement les investisseurs).

Le dernier alinéa de l'article 631 concernant l'arbitrage serait maintenu.

Ainsi serait élargi aux limites souhaitées, le domaine de la clause compromissoire d'arbitrage, puisque ce domaine correspond à celui de la compétence des tribunaux de commerce.

Pour arriver à cette même solution en matière d'arbitrage, une autre voie pourrait être retenue, qui consisterait à décrocher l'arbitrage de sa référence à la compétence des tribunaux de commerce.

La procédure d'arbitrage en sortirait sans doute plus forte et plus indépendante car traitée de façon spécifique. Elle le mérite. On comprend que les spécialistes en matière d'arbitrage soient favorables à cette solution.

Cependant, on peut craindre que cette réforme ne soit pas facile à obtenir faute de mobilisation suffisante.

II – LES DIFFICULTÉS DE L'ARBITRAGE LIÉES À LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE AUX SOCIÉTÉS : POUR UNE RÉGLEMENTATION PLUS SOUPLE DES SOCIÉTÉS).

La réglementation applicable aux sociétés commerciales, la seule qui à l'heure actuelle concerne l'arbitrage, soulève dans sa mise en jeu dans ce domaine, des difficultés.

Le fonctionnement d'une société, structure conçue pour créer la richesse et s'imposer sur un marché fortement concurrentiel est susceptible volontairement ou non de créer des dérives et des abus. Des problèmes peuvent naître entre le mandataire social et ceux qui l'ont désigné pour diriger l'entreprise et les créanciers, entre cette société et d'autres sociétés en concurrence.

Il est donc nécessaire d'avoir une réglementation assurant un juste équilibre des intérêts en cause, des associés et des tiers.

Cette réglementation doit assurer les principes qui sont essentiels de loyauté, de respect des engagements, d'égalité de traitement, de transparence.

Il pouvait être envisageable que cette réglementation soit souple et établie par les intéressés eux-mêmes dans le contrat qui les lie, les statuts, s'agissant des associés.

La réglementation ne contiendrait alors qu'un nombre limité de règles, celles qui paraissent indispensables pour assurer la protection des associés et des tiers. Ainsi, ne serait pas entravé le dynamisme de l'entreprise sans justifications impératives.

La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales est un texte de qualité, clair, précis. Il a eu l'avantage de regrouper et de structurer des textes et des jurisprudences éparses, mais il porte la marque de son époque, forte centralisation des pouvoirs, éco-

nomie dirigée, méfiance encore à l'égard au monde économique. Il a été établi par des juristes ayant à l'esprit les différents scandales qui se sont succédés dans le domaine des sociétés et qui ont cherché à les empêcher.

La loi de 1966 établit une réglementation très importante, très détaillée, très lourde (près de 900 articles avec les décrets d'application), très contraignante (par la multiplicité de ses dispositions obligatoires) et particulièrement riche en sanctions (civiles ou pénales).

Il en est résulté que le fonctionnement des sociétés n'en a pas été facilité.

La situation est encore aggravée par l'apparition de la réglementation boursière applicable aux sociétés dont les titres sont négociés sur un marché réglementé. Cette réglementation est ainsi très complète et sévère pour assurer la protection des investisseurs.

Mais les difficultés tenant à ces réglementations sont demeurées pendant longtemps formelles. L'économie était prospère, les sociétés riches, les associés heureux et les salariés bénéficiaient du plein emploi. Les contentieux étaient peu nombreux.

Les choses vont changer à la suite des crises, de la concurrence internationale de plus en plus forte ; les entreprises vont se trouver en difficultés, des dépôts de bilan nombreux et certains retentissants vont intervenir.

Les entreprises qui ont besoin de beaucoup d'initiatives et de dynamisme vont trouver cette réglementation paralysante et contraignante.

Aussi, les contentieux vont monter en flèche. Chacun réclame avec toujours plus de force le respect de ses droits, les conseils deviennent de plus en plus dynamiques, les autorités boursières sont très présentes et sanctionnent, les magistrats s'intéressent à la matière financière.

Mais la réglementation du droit des sociétés, du fait de son étendue, de ses contraintes et de ses sanctions, paraît menaçante et est susceptible de développer des procédures injustifiées.

Cette réglementation soulève aussi, en raison de sa complexité et de son impérialisme, des difficultés pour les juges et pour les arbitres.

Au regard du droit de l'arbitrage, le droit des sociétés pose des problèmes qu'il n'est pas facile de résoudre.

Le droit des sociétés commerciales est un droit arbitrable, puisque l'article 631-1° le prévoit.

Cependant il énumère un très grand nombre de dispositions impératives qui ordonnent ou interdisent.

Ces dispositions impératives prévoient expressément dans un certain nombre de cas qu'en cas de violation, la nullité est encourue ou encore que toute clause contraire aux statuts est réputée non écrite.

Dans d'autres cas, la disposition impérative n'est pas expressément assortie de sanction, mais l'article 360 de la loi de 1966 précise que toute décision ou acte contraire à une disposition impérative de la loi est nulle.

Il faut ajouter que de nombreuses dispositions pénales sanctionnent le non-respect des dispositions.

La question posée est de savoir si ces règles impératives ne consacrent pas des principes d'ordre public.

Mais si l'on considère que toute règle impérative est une règle d'ordre public ne permettant pas de compromettre, compte tenu du nombre de ces règles dans la loi de 1966, on risque de porter un coup considérable à l'arbitrage.

Aussi, la doctrine considère qu'il faut distinguer l'ordre public de direction et l'ordre public de protec-

tion. L'ordre public de direction viserait à concourir à la direction de l'économie. L'ordre public de protection prendrait en compte les différents intérêts des participants internes à la vie de l'entreprise.

D'autres auteurs font la même distinction mais en parlant d'intérêt public et d'intérêt privé. Selon eux, on ne pourrait compromettre en matière d'ordre public de direction. Cela serait possible lorsqu'il s'agit d'ordre public de protection, car les parties, du moins lorsqu'elles disposent de leur droit, c'est-à-dire lorsque le contentieux est né, pourrait aller à l'arbitrage.

Cependant, ces mêmes auteurs admettent une hiérarchie concernant les dispositions relevant de l'ordre public de protection. Certaines seraient particulièrement fortes comme les mesures concernant la hiérarchie des organes de la société ou la révocation des dirigeants. D'autres au contraire pourraient être appliquées souplement.

Pour ma part, l'examen des différentes dispositions de la loi de 1966 ne me révèle pas à l'évidence des solutions relevant de l'ordre public de protection.

Toutes les règles impératives me paraissent avoir rapport avec l'ordre public de protection.

Protection des associés, c'est l'essentiel des règles. Mais aussi protection des tiers.

Le droit communautaire confirme cette analyse qui, par l'article 54-3 G du traité de Rome, vise à coordonner le droit de sociétés pour protéger les associés et les tiers.

Il faut admettre cependant que s'est produit ces dernières années une évolution concernant les sociétés, évidente pour celles d'une certaine importance, et qui a conduit à consacrer de plus en plus nettement le caractère institutionnel de la société qui vise à protéger sa survie et à assurer son intérêt propre distinct de celui de ses associés. Il en est résulté une

série de dispositions réglementaires et de décisions jurisprudentielles, concernant les procédures d'alerte, les procédures d'expertise, la responsabilité des dirigeants.

Le droit des procédures collectives éclaire et confirme cette évolution.

On peut ajouter aussi que peuvent être rangées au rang des règles d'ordre public, qui doivent être respectées, les dispositions concernant la structure de la société, son encadrement, son contrôle et l'établissement des comptes.

Le problème qui se pose maintenant est celui de la portée de ces distinctions.

La première question est de savoir si le fait qu'un contentieux touche l'ordre public, le rend inarbitrable.

La réponse est fermement négative. La jurisprudence et la doctrine l'affirment clairement. Il faut citer à cet égard l'arrêt de principe « Tissot » de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 novembre 1950, qui, à propos d'un compromis, précise que l'existence d'une réglementation d'ordre public applicable à l'opération soumise à l'arbitrage ne suffit pas à entraîner la nullité du compromis.

La convention d'arbitrage est nulle que lorsque l'ordre public a été effectivement violé.

La question se pose ensuite de savoir comment doivent se comporter les arbitres devant une clause d'ordre public.

Pour y répondre, il convient de distinguer les arbitres jugeant en droit et ceux se comportant en amiable compositeur.

Les arbitres décidant en droit doivent se comporter en juges. Leur liberté de manœuvre n'existe pas. Ils doivent donc logiquement appliquer les dispositions impératives sans distinction et en particulier celles qui consacrent des règles d'ordre public.

Mais en réalité les choses sont moins simples qu'il n'y paraît.

D'abord on peut hésiter sur le caractère impératif de telle ou telle disposition. Certaines sont claires, d'autres moins. Il faut donc tenir compte des solutions de la jurisprudence. Mais celle-ci n'a pas encore eu l'occasion de trancher certains points. Dans le doute, il paraît préférable d'être prudent et de considérer la disposition comme impérative.

Plus délicate est la question de savoir si l'arbitre est vraiment libre de décider lorsqu'il se trouve devant une règle d'ordre public lourde (pas de direction mais de protection fortement caractérisée).

La référence à la jurisprudence n'est pas décisive à cet égard.

Mais une partie de la doctrine propose une analyse restrictive des pouvoirs de l'arbitre.

Il est soutenu que lorsqu'une partie affirme que tel aspect du contentieux soumis relève de l'ordre public, le tribunal arbitral peut écarter l'objection si elle lui paraît mal fondée, souvent d'ailleurs dilatoire. Mais il ne pourrait sanctionner.

Cette solution paraît en droit des sociétés discutable, et je ne la partage pas.

On pourrait sans doute la soutenir lorsque l'on se trouve devant une matière qui ne relève pas du domaine de l'arbitrage, comme l'état des personnes, ou lorsque l'on se trouve devant un droit où l'ordre public de direction occupe une place essentielle, comme en matière de procédures collectives.

Rien de tel en matière de sociétés, même lorsqu'il s'agit de protection qui concerne la société.

Les arbitres jugeant en droit doivent pouvoir trancher en sanctionnant sa violation.

Décider le contraire serait limiter considérablement le rôle de l'arbitre, alors surtout, que dans ce

domaine, les frontières ne sont pas faciles à distinguer.

Il serait regrettable de ne pas associer l'arbitre à l'action visant à faire respecter l'ordre public.

On ne peut pas craindre d'ailleurs de dérive car l'arbitre décide sous le contrôle du juge étatique qui, saisi pour exequatur ou en demande de nullité, pourra réagir et sanctionner l'erreur ou la faute des arbitres.

Pour ce qui est maintenant des pouvoirs de l'arbitre appelé à se prononcer comme amiable compositeur, et cela est très fréquent dans le domaine des sociétés, on peut faire les observations suivantes.

L'amiable compositeur a la possibilité de ne pas appliquer les règles de droit lorsque celles-ci lui paraissent inéquitables. Malgré ce qu'a pu répondre il y a plus de vingt ans le Garde des sceaux qui, dans une réponse à une question écrite, a considéré, sous réserve de l'avis des tribunaux, que l'amiable compositeur devait respecter toutes les dispositions de la loi de 1966 qui étaient impératives, car elles avaient un caractère d'ordre public, on peut soutenir que l'ordre public en droit des sociétés a un caractère plus limité.

Comme on l'a indiqué, l'ordre public qui doit être respecté, est celui qui concerne la personne morale, son intérêt propre, sa structure, l'encadrement de ses représentants légaux, le fonctionnement de ses organes de contrôle, les règles d'établissement et de présentation de ses comptes sociaux.

Pour le reste, l'amiable compositeur devrait pouvoir éventuellement assouplir les règles impératives.

Les solutions que nous proposons conduisent à limiter la place de l'ordre public et à ne pas entraver l'action des arbitres.

Il n'en demeure pas moins que des difficultés subsistent, faute de pouvoir circonscrire avec précision les dispositions de la loi qui doivent être consi-

dérées comme impératives et, parmi elles, celles qui caractérisent un ordre public devant être strictement respecté.

À cet égard, la jurisprudence n'offre des réponses qui ne sont ni toujours complètes ni parfaites. D'où pour l'arbitrage une certaine insécurité.

C'est par l'évolution du droit applicable aux sociétés commerciales que la situation pourra être sensiblement améliorée.

Cette réforme du droit des sociétés commerciales s'impose impérativement. Il s'agit d'alléger sensiblement cette réglementation, de la simplifier, de donner la priorité à l'aspect contractuel et aussi de dépénaliser.

Il ne faut pas entraver la dynamique des entreprises par la multiplicité des règles et de sanctions dont l'intérêt pratique est souvent faible et qui sont coûteuses et menaçantes.

Il faut bien sûr des dispositions assurant la protection des associés, des tiers et sauvegardant l'intérêt de la société. Mais celles-ci doivent être réduites à l'indispensable. La portée de ces dispositions doit être clairement fixée dans le texte de même que la sanction qui y est attachée.

Les fondateurs, associés et mandataires sociaux pourraient ainsi après avoir retrouvé une plus grande liberté, saisir le pourquoi et les conditions des limites apportés à cette liberté.

Quant aux juges publics et privés, ils pourraient être mieux en mesure de trancher les difficultés au vue des dispositions moins nombreuses et plus précises.

Cette évolution du droit des sociétés a été engagée dès que sont apparues les premières difficultés économiques. De nombreuses réformes de la loi de 1966 se sont succédées, mais le champ de ces réformes a été limité. Elles ont visé à alléger la réglementation, ainsi en matière de constitution de société, d'augmen-

tation de capital et à créer des titres nouveaux pour séduire l'épargne, de même ont été établies des formes nouvelles de sociétés : EURL, SAS, réservées à des personnes morales.

Puis on a essayé de mettre au point des réformes beaucoup plus larges et coordonnées sous l'impulsion des ministres de la justice, Badinter, Méhaignerie et Toubon, sans oublier le travail effectué par le sénateur Marini.

Mais aucun de ces projets n'a jusqu'à présent abouti. On peut le regretter.

Des initiatives ont été prises par des ministères techniques de l'Économie, du Travail, qui vont dans le bon sens.

Récemment, discrètement au cours du mois de juillet 1999, a été publié un texte d'une portée considérable qui permet la création de SAS constituées de personnes physiques et même unipersonnelles.

On ne peut qu'être critique sur cette méthode de travail, même si la solution va dans le bon sens. Mais le texte, s'il offre un réel intérêt, n'escamote-t-il pas de vrais problèmes et n'ouvre-t-il pas la voie à d'importants contentieux ? Il faudra aux praticiens beaucoup de sagesse pour éviter les dérives.

CONCLUSION

À la veille du siècle nouveau, certains expriment des opinions pessimistes, d'autres décrivent des perspectives apocalyptiques.

Pour ma part, mes sentiments sont d'espoir.

Espoir d'une économie française forte, créatrice de richesses, de plein emploi, consacrant la place de notre pays en Europe et dans le monde, et assurant le bonheur du plus grand nombre.

Espoir aussi d'une réglementation de qualité appliquée aux relations économiques et d'une justice adaptée.

Sans ces deux conditions, on ne pourra pas atteindre ce but.

Une réglementation de qualité, c'est-à-dire une réglementation simple, claire, laissant une large liberté d'action aux acteurs économiques et ne fixant qu'un nombre limité de règles impératives. Cette réglementation devrait susciter plutôt que contraindre. Susciter un juste équilibre entre les intérêts en cause, susciter le respect d'une éthique forte en droit des affaires.

Une justice efficace, dynamique, adaptée aux réalités et ayant les moyens de la faire. Une justice dont le rôle serait toujours plus important au fur et à mesure que la réglementation s'allégerait. Une justice qui continuerait à faire une large place aux hommes de l'entreprise tout en s'ouvrant aux hommes du droit, mieux formés dans les disciplines économiques.

Une justice étatique bien sûr, mais aussi une justice privée, d'arbitrage, qui se trouverait non bridée et qui, dans le domaine des sociétés, devrait trouver un développement considérable et mérité.

REMERCIEMENTS

de Monsieur le Bâtonnier F. MOLLET-VIEVILLE

Cher Président,

Vos derniers mots étaient « ma satisfaction est grande ». Vous étonnerais-je en vous disant que la nôtre l'est aussi car nous venons d'entendre un discours magistral. Nous avons écouté la réflexion d'un philosophe, d'un juriste et même d'un futur législateur, auteur d'un nouvel article 631 !

Vous nous avez profondément intéressés.

Merci pour ce discours qui nous a tout à la fois rapprochés de l'époque où nous étions à la Faculté de droit et permis d'apprécier les enseignements d'un haut magistrat évoquant les décisions de la Cour de cassation dont il avait été souvent l'un des principaux artisans.

Écartant un pessimisme passager rapidement dissipé, nous avons eu la joie de retenir, ce que vous souhaitiez, une liberté d'agir et un désir d'aller de l'avant craignant peut-être un éclatement du Code civil et du Code de commerce.

C'est un enseignement que ceux qui ont la charge d'arbitrer n'oublieront pas.

Vous vous êtes adressé à une majorité de praticiens de l'arbitrage, qui, enrichis de vos enseignements, en tireront profit au cours de leur mission et répondront certainement à vos vœux en favorisant la place de l'arbitrage dans l'évolution du droit des sociétés.

Nous avons écouté voici quelques années Monsieur le Directeur Dewost qui nous avait entraînés dans l'azur européen.

Grâce à vous aujourd'hui, nous avons atteint les hauteurs du droit civil, du droit commercial et du droit des sociétés.

C'est aux arbitres que nous sommes d'apporter les réponses aux questions que vous avez si bien posées afin de contribuer à ce que la place privilégiée de l'arbitrage dans le monde moderne conforte l'évolution souhaitée du droit des sociétés.

À nouveau, que vous soient exprimées notre admiration et notre gratitude.

Bialec S.A. - 54000 Nancy
Dépôt légal n° 51018 - 1er trimestre 2000