

Compétence de l'arbitre et faillite à la lumière des arrêts anglais et suisse dans l'affaire Vivendi c/ Elektrim

DOCTRINE

H5131

RÉCITAL ARBITRAGE

La crise économique mondiale a suscité un intérêt croissant pour la question de l'impact des faillites transnationales sur l'arbitrage international, tout comme les récentes décisions des juridictions anglaises et suisse dans l'affaire Vivendi c/ Elektrim. La situation de l'arbitre peut en effet devenir délicate lorsqu'une procédure de faillite (ou d'insolvabilité) (1) est ouverte à l'encontre d'une partie en cours de procédure, soit, en d'autres termes, après le début de l'arbitrage mais avant le prononcé de la sentence. De nombreuses questions se posent alors quant à l'effet de la procédure de faillite sur l'instance en cours, sur la convention d'arbitrage, sur l'arbitrabilité des demandes présentées au tribunal, et même sur le contenu de la sentence.

Le droit de la faillite tend nécessairement, de par son objet, à interférer avec l'arbitrage. Il est essentiellement fondé sur le principe de l'égalité des créanciers et se caractérise par une centralisation de toutes leurs réclamations, un contrôle poussé de la part de l'État, ainsi que l'application de lois de police procédurales et matérielles au débiteur en faillite, à son patrimoine, aux créanciers et à l'administrateur de la faillite. L'arbitrage, quant à lui, est basé sur les notions de relativité des contrats (*privity of contracts*), d'autonomie des parties, et de sécurité juridique des transactions commerciales ; il tend essentiellement à la sauvegarde de la convention d'arbitrage, expression de la relation juridique particulière unissant ses signataires.

La cohabitation entre faillite et arbitrage est d'autant plus difficile que l'arbitre est dépourvu de for et peut être appelé, selon les cas, à appliquer des lois différentes aux diverses questions qui se posent à lui : *lex arbitri* pour l'arbitrage, *lex causae* ou *lex contractus* pour le fond, ou bien encore règles de conflit de lois dans certaines hypothèses. Quelle est alors la place de la loi applicable à la faillite ? En l'absence d'instruments internationaux autres que la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, et face à la diversité des droits nationaux en la matière, le praticien se retrouve relativement dépourvu face à une

(1) Les termes « procédure d'insolvabilité » (termes utilisés dans le règlement EC n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité) ou « procédure de faillite » font référence aux procédures collectives, liquidation et redressement judiciaire ; « débiteur » ou « débiteur en faillite » à la personne contre laquelle la procédure est ouverte ; et « administrateur » au représentant des créanciers, mandataire liquidateur, administrateur judiciaire ou, en France, commissaire à l'exécution du plan.

Domitille BAIZEAU
Avocate associée
Lalive Avocats (Genève)

série de questions particulièrement complexes (2). L'affaire Vivendi/Elektrim est à cet égard particulièrement éclairante.

I. LES FAITS DE L'AFFAIRE VIVENDI C/ ELEKTRIM

Le différend dans l'affaire Vivendi c/ Elektrim porte sur l'actionnariat de PTC, une importante société de téléphonie mobile polonaise, et oppose essentiellement Elektrim SA (ci-après « Elektrim »), société immatriculée en Pologne, à Vivendi Universal SA et Vivendi Telecom International SA (ci-après « Vivendi »), deux sociétés de droit français. L'affaire est à l'origine de nombreuses procédures devant des juridictions arbitrales et nationales à travers toute l'Europe, et notamment en Angleterre et en Suisse.

En 2001, Elektrim conclut un contrat avec Vivendi, intitulé « Troisième accord d'investissement » (ci-après, le « TAI »), par lequel Vivendi devait acquérir par l'intermédiaire d'Elektrim des actions dans PTC. Le 22 août 2003, invoquant la violation par Elektrim de son obligation de garantir l'acquisition d'actions dans PTC, Vivendi décida de recourir à l'arbitrage sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans le TAI. Celle-ci prévoyait un arbitrage à Londres en application du règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (LCIA). La demande portait sur quelques 1,9 milliard de dollars.

(2) Il existe de nombreuses analyses nationales mais aussi comparées sur l'arbitrage et la faillite ; v. par ex. M. Bernet, *Schiedsgericht und Konkurs einer Partei*, in : *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag*, Bern 2005, 3-21 ; D. Brown-Berset et L. Lévy, *Faillite et arbitrage*, ASA Bull 4/1998, 664-680 ; G. Burn et E. Grubb, *Insolvency and Arbitration in English Law*, Int. ALR 4/2005, 124-130 ; P. Fouchard, *Arbitrage et faillite*, Rev. Arb. 3/1998, 471-494 ; B. Hanotiau, *La loi applicable par l'arbitre en cas de faillite d'une des parties à la procédure*, RDAI/IBLJ 1/1996, 29-49 ; S. Kröll, *Arbitration and Insolvency Proceedings - Selected Problems*, in L. Mistelis et J. Lew (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, The Netherlands 2006, 357-376 ; V. Lazic, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, The Hague 1998 ; L. Lévy, *Insolvency in Arbitration (Swiss Law)*, Int. ALR 1/2005, 23-33 ; A. Mourre, *Arbitrage et droit de la faillite : Réflexions sur l'office du juge et de l'arbitre*, in *Faillite internationale et conflit de juridictions, Regards Croisés Transatlantiques / Cross-Border Insolvency and Conflict of Jurisdictions, A US-EU Experience*, Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international (Feduci) 2007, p. 153-170 ; F. Perret, *Faillite et arbitrage international*, ASA Bull. 1/2007, 36-47 ; P. Wagner, *Abstimmungsfragen zwischen Internationalem Insolvenzrecht und Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der Anerkennung grenzüberschreitender Insolvenzen durch Schiedsgerichte*, Lang Verlag, Frankfurt / M. 2008 ; P. Wagner, *When International Insolvency Law Meets International Arbitration*, *Dispute Resolution International*, vol. 3, n° 1, March 2009, 56-67. V. également, D. Baizeau, *Arbitration and Insolvency : Issues of Applicable Law*, in C. Müller et A. Rigozzi (Eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2009*, Schulthess, Zurich/Basel/Geneva 2009.

Dans le volet suisse de l'affaire, les demandeurs, dont Vivendi, allèguent avoir conclu en mars 2006 avec les défendeurs, dont Elektrim, une « Transaction », rédigée par écrit mais qui ne fut jamais signée. La Transaction contient une clause compromissoire en vertu de laquelle tout différend doit être tranché selon le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) par un tribunal arbitral siégeant à Genève.

Un arbitrage CCI débuta donc en avril 2006, alors que, dans l'arbitrage LCIA, une première audience sur les questions de responsabilité fut, fixée début 2007, pour octobre 2007.

Le 21 août 2007, un tribunal polonais ordonna à la demande d'Elektrim l'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre de celle-ci. Le tribunal nommait un certain Josef Syska administrateur, et attribuait à la direction de la société le contrôle de son propre patrimoine et de sa gestion courante. En application de cette ordonnance, Elektrim devint débiteur en faillite au sens de la loi polonaise sur la faillite et le redressement (ci-après la « loi polonaise sur la faillite »).

Dans les deux arbitrages en cours, Elektrim informa les arbitres de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en Pologne et contesta la compétence du tribunal arbitral sur la base de l'article 142 de la loi polonaise sur la faillite, qui dispose, aux termes d'une traduction anglaise acceptée par les parties dans les deux procédures :

« Any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued » [« Toute convention d'arbitrage conclue par un débiteur en faillite est privée d'effet juridique à partir de la date du jugement d'ouverture de la procédure de faillite, et les instances arbitrales en cours sont éteintes »] (3).

II. LES DÉCISIONS ANGLAISES ET SUISSE

La question posée aux arbitres fut donc celle de l'effet sur une procédure d'arbitrage en cours à Londres ou à Genève de l'ouverture en Pologne d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de l'une des parties. En d'autres termes, quel est le droit applicable aux effets de la procédure de faillite sur l'arbitrage, et plus particulièrement sur la validité de la clause compromissoire : le droit anglais, le droit suisse ou le droit polonais ?

La question ne se posa cependant pas dans les mêmes termes dans les deux affaires, ni devant les arbitres ni lors des recours en annulation devant les tribunaux anglais et suisses. Dans le volet anglais, elle fut examinée sous l'angle de l'interprétation du règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures

d'insolvabilité (ci-après, le « Règlement ») (4), alors que dans le volet suisse, le débat tourna essentiellement autour de la capacité juridique du débiteur à être partie à l'arbitrage et du droit applicable à cette question.

Ainsi, à la suite des audiences d'octobre 2007, le tribunal arbitral siégeant à Londres sous l'égide de la LCIA (5) rejeta, dans une sentence partielle du 20 mars 2008 rendue à la majorité, les objections d'Elektrim sur sa compétence, affirmant qu'aux termes du Règlement, le droit anglais, et non le droit polonais, était applicable à la question des effets du jugement d'ouverture polonais sur la procédure arbitrale en cours. Le Tribunal CCI siégeant à Genève aboutit à une solution inverse. Le 21 juillet 2008, il se déclara incompétent à l'égard d'Elektrim par application de l'article 142 de la loi polonaise, affirmant que le droit polonais (et donc la loi polonaise sur la faillite) réglait la question de la capacité d'Elektrim à être partie à un arbitrage se déroulant en Suisse.

Les recours contre les deux sentences furent rejetés respectivement en octobre 2008 par la *High Court* anglaise (puis en juillet 2009 par la *Court of Appeal*) et en mars 2009 par le Tribunal fédéral suisse.

A – Les décisions de la *High Court* et de la *Court of Appeal* dans *Syska v. Vivendi Universal* (6)

Elektrim introduisit un recours contre la sentence partielle du tribunal LCIA sur la base de l'article 67 de l'*Arbitration Act* de 1996, pour défaut de compétence du tribunal arbitral.

Les parties s'accordaient au moins sur deux points : 1 – la question de la compétence des arbitres dépendait de la loi applicable aux effets de la procédure de faillite en Pologne sur la procédure d'arbitrage à Londres ; et 2 – la détermination de cette loi d'application dépendait elle-même de l'interprétation du Règlement (7). Soit le Règlement conduisait à l'application du droit du siège de l'arbitrage (droit anglais), et alors la clause compromissoire était valide ; soit il conduisait à l'application du droit de l'État d'ouverture (droit polonais, y compris la loi polonaise sur la faillite), et alors le tribunal arbitral devait se reconnaître incompétent. Le juge anglais analysa donc en détail le Règlement et son application aux procédures arbitrales en cours.

L'objectif principal du Règlement est défini dans son préambule. Il s'agit d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur en garantissant l'effet transfrontalier des procédures d'insolvabilité, et en évitant notamment que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judi-

(4) Le règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité est entré en vigueur en mai 2002 et ne s'applique pas au Danemark. Il est disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu>

(5) Les membres du tribunal arbitral étaient : Wolfgang Peter (président), Jerzy Rajski et Alan Redfern.

(6) Syska (acting as the administrator of Elektrim SA (in bankruptcy)) et al. v Vivendi Universal SA et al. [2008] EWHC 2155 (Comm) (High Court) ; [2009] EWCA Civ 677 (Court of Appeal).

(7) Syska v Vivendi Universal [2008] EWHC 2155, N 9.

(3) Traduction en français par l'auteur.

ciales d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique (*forum shopping*). Pour ce faire, le Règlement contient un certain nombre de principes et de règles uniformes de droit international privé tendant, d'une part, à la mise en place d'une seule et unique procédure de faillite, basée dans l'État membre sur le territoire duquel le jugement d'ouverture a été rendu, et dotée d'une portée universelle pour toute la Communauté (8), et, d'autre part, à l'application de la loi dudit État membre (*lex concursus*) à tous les effets de cette procédure (9).

Les dispositions du Règlement intéressant l'arbitrage international sont essentiellement les articles 4 et 15. Aux termes de l'article 4.1, « la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte ». L'article 4.2 dispose pour sa part que : « La loi de l'État d'ouverture... détermine notamment :

e – les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie ;
f – les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours ».

D'autres exceptions à la règle générale apparaissent aux articles 5 à 15 du texte, qui déterminent la loi applicable à certains droits et obligations (10). L'objectif affiché de ces dispositions est de protéger « la confiance légitime des parties et la sécurité des transactions » commerciales (11). Ainsi, l'article 15 précise l'exception dite des « instances en cours » : « Les effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance en cours concernant un bien ou un droit dont le débiteur est dessaisi sont régis exclusivement par la loi de l'État membre dans lequel cette instance est en cours ».

L'application conjuguée de ces articles, et notamment de l'article 4.2(e), d'une part, et des articles 4.2(f) et 15, d'autre part, conduit de prime abord à un conflit : le droit de l'État d'ouverture (ici, le droit polonais) est applicable aux contrats en cours, dont semble-t-il la convention d'arbitrage, mais le droit de l'État du siège de l'arbitrage (ici, le droit anglais) s'applique aux procédures en cours dans cet État, dont là encore, semble-t-il, l'arbitrage en cours.

Afin de résoudre ce conflit, le juge anglais devait répondre à plusieurs questions : 1 – l'article 15 s'applique-t-il aux arbitrages en cours ? ; 2 – l'expression « poursuites individuelles » de l'article 4.2(f) est-elle limitée aux voies d'exécution, comme le soutenait Elektrim, de telle sorte que l'exception des « instances en cours » ne peut pas couvrir l'arbitrage ? ; 3 – la clause compromissoire

est-elle effectivement, comme le soutenait également Elektrim, un « contrat en cours » au sens de l'article 4.2(e), auquel s'appliquerait le droit polonais ?

Sur les deux premières questions, le juge anglais affirma que l'exception des « instances en cours concernant un bien ou droit dont le débiteur est dessaisi » de l'article 15 couvrait toutes les actions, aussi bien judiciaires qu'arbitrales, mais non les voies d'exécution (12). Sur la seconde, il considéra que la clause compromissoire constituait bien un « contrat en cours » soumis à la loi de l'État d'ouverture, mais uniquement lorsque la procédure arbitrale n'avait pas encore débuté (article 4.2(e)) ; dès l'instant où une procédure était en cours (13), l'exception des « instances en cours » des articles 4.2(f) et 15 devait trouver à s'appliquer (14).

Ainsi, dès lors que l'arbitrage était « en cours » à la date d'ouverture de la faillite (ici, en Pologne), toutes les questions relatives à une éventuelle extinction de l'instance arbitrale, et notamment le sort de la convention d'arbitrage, devaient être déterminées par référence à l'article 15, et donc sur la base de la loi de l'État du siège de l'arbitrage, soit, en l'espèce, le droit anglais (15).

La décision de la *High Court* fut confirmée en appel par la *Court of Appeal* le 9 juillet 2009 (16). La Cour, sans considérer qu'il y avait un véritable « conflit » entre les articles 4.2(e), d'une part, et 4.2(f) et 15, d'autre part, insista sur la logique de traiter différemment les actions « en cours », dont les arbitrages :

« The phrase « to protect legitimate expectations and certainty of transaction » [« l'attente légitime des parties » (§ 24 du préambule)] is, in my view, apt to include the expectation of businessmen that lawsuits (in which considerable sums of money may have been invested) should come to an appropriate conclusion » (17).

La *Court of Appeal* confirma également le champ d'application de l'exception de l'article 15 :

« Where I part company with Mr Moss's [conseil d'Elektrim] argument is in its assumption that, in a case which otherwise falls within Article 15, the draftsman of the Regulation intended to prescribe a different system of law to govern the effect of the insolvency proceedings on the arbitration agreement from that which governs the procee-

(8) Préambule, § 22, articles 16 et 17. L'article 3.2 porte sur les procédures d'insolvabilité secondaires ouvertes sur le territoire d'un autre État membre, pour lesquelles les règles de reconnaissance diffèrent.

(9) Préambule, § 12 et 23 et article 4.

(10) Ces exceptions comprennent les droits réels des tiers (article 5) ; la compensation (article 6) ; la réserve de propriété (article 7) ; les contrats portant sur un bien immobilier (article 8) ; les contrats de travail (article 10) et la protection du tiers acquéreur (article 14).

(11) Préambule, § 24.

(12) Syska v Vivendi Universal SA [2008] EWHC 2155, N 103. Sur le champ d'application de l'article 15, v. aussi M. Virgos et F. Garcimartin, *The European Insolvency Regulation : Law and Practice*, The Hague 2004, 77 et 142, et Wagner (2008), op. cit., 156-160 et 167-168.

(13) Moment qui varie selon les droits ; en France, la procédure est pendante une fois le tribunal constitué : P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *On international commercial arbitration*, 2^e éd., The Hague, Boston, London 1999, 499-500.

(14) Syska v Vivendi Universal SA [2008] EWHC 2155, N 100.

(15) Ibid., N 101 : « I see no reason why it does not also apply to provide that the law of the State in which the arbitration is pending shall determine all questions which affect whether the arbitration shall remain pending, including any question as to whether the effect of the insolvency is to annul the arbitration agreement, or the reference contract, and hence the reference ».

(16) Syska v Vivendi Universal [2009] EWCA Civ 677.

(17) Id., N 17 ; v. aussi N 16.

dings themselves. Once it is accepted that an existing reference to arbitration constitutes a pending lawsuit within the meaning of Article 15 then the choice of national law to determine « the effects of insolvency proceeding on a lawsuit pending » would appear to comprehend any issues about the validity of the arbitration agreement which would affect the continuation of the arbitration itself. The only distinction made by Article 15 itself is between current and future proceedings. It seems to me unrealistic to assume that the Regulation was also intended to discriminate in its application of the choice of law rule between the types of lawsuit covered by Article 15 simply according to the jurisdictional basis (contractual as opposed to statutory) of the different types of possible proceeding » (18).

B – La décision du Tribunal fédéral suisse (19)

Dans le volet suisse de l'affaire, les demandeurs introduisirent un recours contre la sentence partielle devant le Tribunal fédéral suisse (20) le 15 septembre 2008, sur le fondement de l'article 190(2)(b) de la loi fédérale sur le droit international privé (ci-après « LDIP »), affirmant que le tribunal s'était à tort déclaré incompétent en statuant qu'Elektrim avait perdu sa capacité à être partie à l'arbitrage (21). Le recours fut rejeté.

Elektrim avait allégué avec succès devant les arbitres qu'en vertu de l'article 142 de la loi polonaise sur la faillite, ni la société, ni son administrateur ne possédaient la capacité à être partie à un arbitrage (22). Les arbitres avaient affirmé que le droit polonais – et non le droit suisse – s'appliquait à la question et qu'Elektrim avait effectivement perdu cette capacité en vertu de la loi polonaise sur la faillite (23).

Les demandeurs contestaient la décision, affirmant que la loi polonaise n'affectait en rien la capacité du débiteur failli à être partie à un arbitrage se déroulant à l'étranger, que la question devait en tout état de cause être déterminée à la seule lumière de la *lex arbitri*, et donc en l'espèce du droit suisse (24).

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt très succinct, n'examina la question que sous l'angle du droit applicable à la question de la capacité d'Elektrim à être partie à un arbitrage. La décision suivait cepen-

nant une audience publique (qui eut lieu en mars 2009) au cours de laquelle différents arguments furent analysés, notamment quant à l'interprétation et aux effets de la loi polonaise sur la faillite.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral rappela que le droit suisse de l'arbitrage international (chapitre 12 de la LDIP) contient bien une règle relative à la capacité d'une entité d'être partie à un arbitrage, mais que celle-ci ne s'applique qu'aux États et aux « entreprises dominées ou organisations contrôlées par lui » (article 177(2)) (25). La capacité des personnes morales de droit privé à être parties à un arbitrage doit donc être déterminée selon la loi désignée par les règles ordinaires de conflit de lois applicable en Suisse, et en l'espèce, pour les sociétés, par le droit de l'État « en vertu duquel elles sont organisées » (article 154 de la LDIP sur le droit applicable aux sociétés et article 155(c) de la LDIP sur la capacité des sociétés). Les règles de conflit de lois de l'article 178(2) de la LDIP, qui dispose que la convention d'arbitrage est valable « si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse », ne sont pas applicables (26).

Le Tribunal fédéral en conclut qu'aux termes des articles 154 et 155 de la LDIP, la capacité juridique d'Elektrim, société de droit polonais, et donc sa capacité à être partie à un arbitrage, relevait du droit polonais, y compris le droit polonais de la faillite. Il constata que les arbitres, s'appuyant notamment sur l'avis de professeurs polonais, avaient à raison retenu qu'en vertu du droit polonais, l'ouverture de la faillite avait fait perdre à la société sa capacité à être partie à une procédure d'arbitrage. Les demandeurs n'étaient pas parvenus à démontrer au Tribunal fédéral que cette interprétation du droit polonais était erronée (27).

III. LA PORTÉE DES DÉCISIONS ANGLAISES ET SUISSE : L'IMPACT DE L'ARGUMENTATION DES PARTIES

La décision des tribunaux anglais, sans doute plus que la décision du Tribunal fédéral suisse, est particulièrement importante, dans la mesure où elle est la première à envisager l'impact du Règlement sur les procédures arbitrales menées dans un pays de

(18) Id., N 33.

(19) ATF 4A_428/2008 du 31 mars 2009 (non publié).

(20) La plus haute instance judiciaire suisse et seule compétente en matière de recours contre les sentences arbitrales.

(21) Outre que le siège de l'arbitrage était en Suisse, le droit suisse était applicable au fond. La question de l'application du Règlement aux arbitres et de son interprétation ne se posait donc pas puisque la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne.

(22) Cet argument n'avait apparemment pas été soulevé dans le cadre de l'arbitrage anglais ni dans celui du recours en annulation de la sentence devant les tribunaux anglais. Il est intéressant de noter que le 5 février 2008, avant que la sentence ne soit rendue dans le volet suisse, le Tribunal de Varsovie révoqua le pouvoir des dirigeants de contrôler le patrimoine et d'effectuer des actes de gestion courante, et qu'il nomma M. Syska à leur place.

(23) Le Tribunal arbitral était composé d'Yves Fortier (président), Karl Hempel et Jacques Werner (Global Arbitration Review, GAR News, 29 May 2009).

(24) Le droit applicable au fond était également le droit suisse, sans exclusion des règles de conflits de lois.

(25) L'article 177(2) de la LDIP prévoit : « Si une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage ».

(26) ATF 4A_428/2008 du 31 mars 2009, consid. 3.2.

(27) Id., consid. 3.3 : « Gemäss den Ausführungen des Schiedsgerichts, die sich unter anderem auf Gutachten polnischer Rechtsprofessoren beziehen, hat die Beschwerdegegnerin 6 mit Konkurseröffnung die Fähigkeit verloren, in einem Schiedsverfahren als Partei teilzunehmen. Gemäss Artikel 142 pKSG, der insoweit einen spezifischen Aspekt der Parteifähigkeit regelt, wird einer polnischen Konkursitin mithin die subjektive Schiedsfähigkeit in einem laufenden Verfahren entzogen. Gründe, an dieser Rechtsauffassung zu zweifeln, sind nicht ersichtlich. Auch die Beschwerdeführer vermögen nicht darzutun, dass das polnische Recht anders ausgelegt werden müsste. Das Schiedsgericht hat sich damit gegenüber der Beschwerdegegnerin 6 zu Recht für unzuständig erklärt ».

l'Union européenne. Il est d'ailleurs à noter que les juges anglais tinrent pour acquis que les arbitres devaient appliquer le Règlement dans son intégralité, y compris ses règles de conflit de lois (articles 4 à 15). La question posée à la *High Court* était uniquement celle de l'interprétation du Règlement dans le cadre d'un recours en annulation contre la sentence partielle pour incompétence du tribunal arbitral. Il n'est cependant pas exclu que le non-respect du Règlement soit également considéré par certaines juridictions des États membres comme une violation de l'ordre public, et puisse conduire à l'annulation de la sentence sur ce fondement (28).

Toutefois, une question importante semble avoir été laissée en suspens par les juges anglais. Elle concerne l'application par les arbitres de l'article 15 du Règlement, et donc l'application de la loi du siège, non seulement à la validité de la clause compromissoire, mais aussi aux autres questions pouvant surgir à l'occasion de l'ouverture d'une procédure de faillite, quant à la capacité et la représentation du débiteur, la procédure arbitrale (par exemple, le sursis à statuer), ou bien encore la nature des mesures de réparations pouvant être ordonnées.

Il existe en effet des différences d'approche au sein de la jurisprudence et de la doctrine européennes sur ce point : le droit applicable en vertu de l'article 15 serait-il le droit de la faillite de l'État du siège (par analogie), y compris ses lois de police et ses dispositions d'ordre public (29) ? Ou les arbitres devraient-ils appliquer le droit du siège en prenant en compte ses règles de conflit de lois, en ce qu'il s'applique à l'arbitrage international et aux procédures de faillite étrangères « normalement » reconnues dans l'État du siège (30) ? Ou devraient-ils tout simplement appliquer la *lex arbitri*, ce qui pourrait laisser dans certains cas à la discrétion des arbitres le choix de la loi applicable ?

Si aucune solution n'est entièrement satisfaisante (31), celle de l'application par analogie du

(28) Wagner (2009), op. cit., 62. Telle est la position acceptée par la CJCE et par quelques États membres dans le contexte du droit de la concurrence communautaire (article 81 du Traité CE) : e.g. en Allemagne, Oberlandesgericht, Thuringe, 8 août 2007, 4 Sch 03/06 ; aux Pays-Bas, Gerechtshof, La Haye, 24 mars 2005, cas n°s 04/694 et 04/695 ; CJCE, décision n° C-126/97, *Eco Swiss China Ltd. c/ Benetton International NV*, 1^{er} juin 1999. On peut cependant argumenter que le Règlement (au moins ses articles 4 à 15) est d'une nature différente en ce qu'il édicte des règles de conflit de lois et non des règles matérielles.

(29) Dans le contexte d'instances judiciaires en cours, ce fut l'approche prise par les tribunaux autrichiens lorsqu'ils appliquèrent le droit de la faillite autrichien à une procédure d'insolvabilité ouverte en Allemagne, tenue pour similaire à un certain type de faillite autrichienne : 9 Ob 135/04z, C. sup. Autriche, 23 février 2005, cité dans J. Marshall, *European Cross Border Insolvency*, London, Sweet & Maxwell 2006, 109 N 2.078/1 ; v. aussi 8 Ob 131/04d, C. sup. Autriche, 17 mars 2005.

(30) Dans un cas où une instance judiciaire était en cours en Angleterre et où une procédure d'insolvabilité avait été ouverte en Allemagne, la *High Court* anglaise décida qu'elle devait appliquer le droit anglais de la faillite, mais que : 1 – le régime juridique de la liquidation contenu dans l'*English Insolvency Act* de 1986 n'était pas applicable par analogie avec la procédure étrangère et que 2 – l'*English Insolvency Act* de 1986 ne permettait pas de suspendre l'instance en Angleterre en présence d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger : *Mazur Media Ltd & Anor v Mazur Media GmbH & Ors* [2004] EWHC 1566.

(31) La doctrine apparaît également divisée sur la question de la suspension de l'instance judiciaire en cours : v. par ex. D. Hass, P. Huber, U. Gruber, B. Heiderhoff, *EU-Insolvenzverfahren, Kommentar zur Verordnung (EG) n° 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO)*, München

droit de la faillite de l'État où l'arbitrage a son siège paraît difficile à justifier dans le cas d'un arbitrage international, en l'absence de lien de connexité autre que le siège de l'arbitrage, dont on sait le caractère souvent contingent, voire aléatoire. La solution pourrait dépendre pour beaucoup de la qualification des questions qui se posent à l'arbitre, comme l'illustre précisément la décision du Tribunal fédéral dans le chapitre suisse de l'affaire *Vivendi c/ Elektrim*.

La question centrale était alors celle de la capacité d'*Elektrim* à être partie à l'arbitrage. Le régime juridique de la capacité est déterminé par le droit international privé de chaque État, mais la loi applicable à la capacité est généralement la loi du siège de la société, de son lieu d'incorporation, d'établissement principal ou de domicile (32). En dehors du contexte de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales, peu de lois sur l'arbitrage traitent spécifiquement la question de la capacité. Les arbitres, appliquant soit les règles de conflit de lois d'un État donné, soit une autre méthode de choix de loi, tendent cependant généralement à examiner la question de la capacité selon la loi personnelle de la partie concernée (33). Sur ce fondement, il se peut alors que, lorsque la procédure de faillite a été ouverte au siège du débiteur, la loi de fond applicable à sa capacité à être partie à l'arbitrage comporte des dispositions relatives à la faillite.

En pratique, la question se pose rarement, dans la mesure où la plupart des droits de la faillite prévoient que le débiteur conserve sa capacité à être partie à un arbitrage, même s'il doit alors en passer par l'administrateur ou le juge de la faillite (34). Cependant, lorsque le débiteur perd sa capacité, au moins deux problèmes se posent à l'arbitre : a – celui de l'identification des règles de conflit de lois (ou de méthode de choix de la loi) qui lui sont applicables ; et b – celui de déterminer si une disposition particulière du droit de la faillite affecte, ou non, la capacité du débiteur à être partie à la procédure arbitrale. Ce sont précisément ces deux difficultés qu'illustre la décision du Tribunal fédéral suisse.

L'approche du tribunal arbitral et du Tribunal fédéral quant au choix de la loi applicable à la question de la capacité d'*Elektrim*, en l'absence de disposition spécifique dans le chapitre 12 de la LDIP,

2005, 159 (« Article 15 EuInsVO (enthält) eine Sonderanknüpfung ») en faveur de l'application du droit de la faillite du pays où l'instance judiciaire est en cours ; contra G. Moss, I. Fletcher, S. Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings : A Commentary and Annotated Guide*, Guildford and King's Lynn, Biddles Ltd 2002, 193 (c'est à chaque loi de déterminer si une suspension doit être ordonnée, en fonction de la nature de la procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger et en tenant compte du principe d'entraide judiciaire).

(32) V. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer 2003, 117, n°s 6-50 à 6-51 ; J.-F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2^e éd., London/Zürich 2007, 232-233, N 270-271.

(33) Ibid. Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, v. F. Mantilla-Serano, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, Arb., Int'l 1/1995, 64. Pour une discussion sur la question de savoir quelles règles de conflit de lois, s'il en existe une, doivent être appliquées, v. par ex. Fouchard, Gaillard, Goldman, op. cit., 245, n°s 460 et s.

(34) V. Poudret et Besson ; op. cit., 897, N 995.

peut susciter le débat d'un point de vue doctrinal. En particulier, peut se poser la question de l'application à un arbitrage international de dispositions de droit international privé suisse autres que celles apparaissant dans le chapitre 12 de la LDIP relatif à l'arbitrage international. L'approche adoptée par les juges suisses n'est cependant pas sans soutien dans la doctrine ⁽³⁵⁾. Par ailleurs, le même résultat aurait, semble-t-il, pu être obtenu par référence à l'article 187(1) de la LDIP qui prévoit que « *le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits* » ⁽³⁶⁾.

Le plus problématique dans la sentence du tribunal arbitral, telle qu'approuvée par le Tribunal fédéral, est sans doute la qualification de l'article 142 de la loi polonaise sur la faillite comme une disposition affectant la capacité juridique d'Elektrim et celle de son administrateur à être partie(s) à un arbitrage. L'un des principaux arguments de Vivendi, tant devant les arbitres que devant le Tribunal fédéral, était en effet que la faillite d'Elektrim n'avait pas entraîné, du fait du droit polonais, la perte de sa capacité juridique, puisqu'Elektrim pouvait être autorisée par la masse des créanciers à commencer un nouvel arbitrage. Il s'agissait donc d'une question de cession et de validité de la clause compromissaire *ratione personae*, déterminée par référence à la loi d'arbitrage suisse, soit par l'article 178(2) de la LDIP ⁽³⁷⁾. Le débat (qui a eu lieu lors de l'audience publique) n'est malheureusement pas reflété dans l'arrêt et l'argument n'a finalement pas été retenu.

L'arrêt du Tribunal fédéral a déjà été critiqué par la doctrine suisse ⁽³⁸⁾. Il semble cependant refléter une volonté de ne pas annuler la sentence, confirmant ainsi la difficulté de recourir avec succès contre une sentence rendue en Suisse. Il semble également se fonder sur une certaine déférence des juges à l'égard de l'analyse juridique faite par les arbitres, même si le Tribunal fédéral confirma dans son arrêt qu'il était libre de revoir toutes les questions de droit relatives à la compétence des arbitres, y compris celles relevant du droit étranger ⁽³⁹⁾. Il faut également noter que le recours n'a été rejeté que par une majorité de trois voix contre deux, et

(35) Par ex. Poudret et Besson, op. cit., 232-233, n^{os} 270-271 (cités par le Tribunal fédéral au consid. 3.2).

(36) B. Berger et F. Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern 2006, 115, N 328. Pour un commentaire de la décision du Tribunal fédéral, v. G. Naegli, *Die Auswirkungen der Konkursklärung auf ein hängiges Schiedsverfahren – Der Entscheid Nr. 4A_428/2008 des Bundesgerichtes vom 31. März 2009*, Jusletter 31 août 2009, www.jusletter.ch

(37) Cet argument avait été retenu positivement par un Tribunal arbitral CCI dans sa sentence partielle n^o 7337 de 1996, *Yearbook Comm. Arb'n XXIV* (1999), 149-161. V. aussi Lévy, op. cit., 26.

(38) Naegli, op. cit. La portée de la décision a également été discutée au sein de l'ASA, au niveau national et cantonal (notamment par le Groupe genevois de l'ASA).

(39) ATF 4A_428/2008 du 31 mars 2009, consid. 3.1.

que le Tribunal fédéral a décidé de ne pas publier cet arrêt – volontairement court – au recueil officiel. Ces indices semblent suggérer la volonté des juges de limiter la portée de leur décision en évitant d'en faire un arrêt de principe ayant vocation à s'appliquer en dehors du contexte spécifique, peut-être même unique, de la loi polonaise sur la faillite ⁽⁴⁰⁾.

La prolifération de « faillites » volontaires par des parties à des procédures arbitrales basées en Suisse destinées à profiter de cette nouvelle « jurisprudence » et à échapper à l'arbitrage semble donc peu probable. Ceci semble d'autant plus vrai que, dans la plupart des cas, l'ouverture de la procédure de faillite suffira à créer des difficultés considérables au niveau de l'exécution de la sentence dans l'État d'ouverture. Là encore, le cas de l'affaire Vivendi était tout à fait particulier puisqu'apparemment, pour le règlement du différend au fond, il importait peu aux demandeurs que la sentence ne respecte pas la loi polonaise sur la faillite et que, au moins dans le cas du contentieux suisse, elle soit par conséquent susceptible de ne pas être reconvenue ou exécutée en Pologne, l'État d'ouverture ⁽⁴¹⁾. Cela ne sera, du point de vue du créancier, que peu souvent le cas.

Par ailleurs, même si la divergence des solutions anglaise et suisse montre l'importance du choix du siège d'un arbitrage, elle semble illustrer avant tout l'importance de la qualification juridique des questions qui se posent lorsqu'arbitrage et faillite se rencontrent. Dans le cas anglais, le Règlement imposait le choix d'une loi au tribunal arbitral. Ainsi, aucune difficulté n'existait quant aux règles de conflit de lois pouvant s'appliquer à l'arbitre. De plus, Elektrim ne souleva pas la question de sa capacité, si bien que celle-ci ne fut traitée ni par le tribunal arbitral, ni par la *High Court* et la *Court of Appeal*. Si cela avait été le cas, et s'il avait été accepté que la capacité d'Elektrim était bien en cause, un tribunal arbitral siégeant à Londres sous l'égide de l'*Arbitration Act* anglais aurait, pour décider de cette question, sans doute également dû appliquer la loi de l'État d'incorporation d'Elektrim, soit la loi polonaise, y compris la loi polonaise sur la faillite ⁽⁴²⁾. Le résultat aurait alors probablement été précisément le même qu'en Suisse.

(40) Le caractère unique de la loi polonaise sur la faillite fut même l'argument d'Elektrim devant la *High Court* : *Syska v Vivendi Universal SA* [2008] EWHC 2155, N 96. V. aussi Wagner (2008), op. cit., 135.

(41) Notamment sur le fondement de l'article V.1(a) de la Convention de New York (incapacité et invalidité de la convention d'arbitrage) ou de l'article V.2(b) (violation de l'ordre public) ; v. Baizeau, op. cit., section IV.

(42) L'*English Arbitration Act* de 1996 est muet sur la question de la capacité mais selon le droit international privé anglais, cette question est essentiellement soumise à la loi du lieu d'incorporation : Dicey, Morris et Collins, *The Conflict of Laws*, Vol. II, London 2006, 1345, N 30R-020, Rule 162(1).

Gazette du Palais

EN LIGNE SUR
lextenso.fr

TRI-HEBDOMADAIRE

DIMANCHE 25 AU MARDI 27 OCTOBRE 2009 129^e année N^{os} 298 à 300



LES CAHIERS DE L'ARBITRAGE

N° 2009 / 3

Série dirigée par
Alexis Mourre
Cabinet Castaldi Mourre & Partners

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 48 RÉDACTION : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 16 00 / FAX 01 56 54 57 50 / E-MAIL redactiongp@lextenso-editions.fr

ABONNEMENTS : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 42 10 / FAX 01 56 54 42 11 / E-MAIL abonnementgp@lextenso-editions.fr

CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02

INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JS5 : <http://www.js5.fr>

CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] ADMINISTRATION : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 STANDARD : 01 44 32 01 50

INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

www.gazette-du-palais.com