

FAILLITE ET ARBITRAGE

Dominique Brown-Berset*

et

Laurent Lévy**

Le terme « faillite » désigne toute procédure organisée ayant pour but un règlement collectif de la situation consécutive au constat judiciaire (voire administratif) d'une insolvabilité¹. La faillite varie d'un pays à l'autre par ses conditions (surendettement ou cessation des paiements ? Institution limitée aux commerçants ?) et par ses effets (sort de l'entreprise, sanctions civiles et pénales).

Le législateur insiste en effet plus ou moins sur différents objectifs de cette institution, savoir le paiement (partiel) des créanciers, le maintien d'une entreprise et des emplois, les sanctions édictées contre le débiteur, etc.

La qualification de « faillite » suppose la réunion des éléments suivants :

- L'intervention d'un juge (ou d'une autorité administrative) constatant l'impécuniosité du débiteur.

* Avocate, (Froiep-Renggli, Genève).

** Docteur en Droit, Avocat, (Brunschwig Wittmer, Genève).

¹ « La présente convention s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité, qui entraînent un dessaisissement du débiteur et la désignation d'un syndic, et qui sont susceptibles d'entraîner la liquidation des biens » (art. 1.1 de la Convention Européenne du 5 juin 1990 sur certains aspects internationaux de la faillite, du Conseil de l'Europe dite Convention d'Istanbul, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1993, p. 121 ; cf. M. Ramackers, *Réflexions critiques sur la Convention Européenne relatives à certains aspects internationaux de la faillite*, *La Semaine Juridique*, Paris, 1993, I, 3685); « La présente convention s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic » (art. 1.1 de la Convention de Bruxelles du 12 septembre 1995 (Union Européenne)).

- Une procédure collective portant sur tous les actifs et passifs du débiteur (sous réserve le cas échéant de la portée territoriale et non universelle de la faillite).
- Le « dessaisissement » du débiteur soit « le transfert à un syndic des pouvoirs d'administrer, de contrôler et de disposer du patrimoine »².

Les intérêts en jeu (économie nationale, tranquillité et moralité publiques, crédit) font intervenir l'ordre public dans ces procédures : l'égalité des créanciers³, le caractère exclusif et impératif de certaines compétences du juge des faillites, certains moratoires peuvent avoir une telle nature.

Arbitrage et faillite tendent à se repousser comme les pôles de deux aimants : cette antinomie provient du caractère volontariste et individuel de l'un opposé à l'essence autoritaire et collective de l'autre : la matière des faillites échappe à l'arbitre même si celui-ci peut se saisir de litiges civils et commerciaux malgré l'intervention d'une procédure collective. On va le voir en examinant successivement les conséquences d'une faillite sur l'admissibilité de l'arbitrage et sur son déroulement.

D) FAILLITE ET ADMISSIBILITE DE L'ARBITRAGE

A) Aspects personnels

La portée subjective de la clause arbitrale appelle davantage de remarques que la question de la capacité.

² Art. 1.3b, Convention d'Istanbul. En Suisse, répondent à cette définition la faillite et le concordat par abandon d'actif à l'exclusion de l'ajournement de faillite et du concordat ordinaire.

³ P.-R. Gilliéron, *La Faillite en Droit International Privé Suisse*, RSDIE, 1992, p. 135 : « L'égalité des créanciers (sauf exceptions légales) peut être ancrée dans la Constitution car elle est un aspect de l'égalité devant la loi (p. 52, note 88) ». La Cour de Cassation française y voit un principe d'ordre public interne et international (exemple : Com. 4 février 1992, Saret, Rev. Arb., 1992, p. 663, Note J.H. Moitry). Sans aller peut-être aussi loin et en faire un fétiche donné par le droit naturel, il faut y voir un principe auquel le législateur peut seul déroger [« En déconfiture tous créanciers viennent à contribution au sol la livre », (Loysel)].

1587

1. Capacité

La capacité de la masse à compromettre s'apprécie selon le droit de la faillite que ce soit en raison de l'art. 178, al. 2, LDIP, ou de l'art. 187 LDIP⁴.

Déterminer si la masse a la capacité d'être partie dépend également de l'art. 187, al. 1, LDIP : l'arbitre applique la « loi personnelle » de la faillite, qui se confond en principe avec la « lex societatis ». Cette solution a le mérite de la cohérence avec les règles applicables pour la reconnaissance de la sentence (art. V, al. 1a, Convention de New York, 1958)⁵ et avec les conventions européennes sur la faillite qui, à juste titre, raisonnent en termes de pouvoir du syndic plutôt que de capacité⁶. En tout état de cause, faute de lien territorial, l'arbitre international n'a pas à se préoccuper de la territorialité ou de l'universalité attribuée à une faillite par le droit du siège ni même par la lex concursus (contra, sentence 88/1972, cit. note 5) : il ne rend pas la justice au regard d'un territoire particulier, n'a pas de lex fori et dit le droit en vertu du contrat (à la différence du juge qui tient ses pouvoirs « de plus haut »). Il prend en considération le jugement de faillite et, à la différence du juge, n'a pas à déterminer quels effets se produisent de plein droit ou supposent au contraire un exequatur.

Les mêmes principes s'appliquent au pouvoir de plaider dont est investi le gérant d'une « faillite secondaire ». Dans la conception de la Convention d'Istanbul (art. 17 et ss) et de Bruxelles (art. 27 et ss), il s'agit d'une procédure analogue à une faillite principale dont les effets se limitent à des biens particuliers. Si le droit d'ouverture de la faillite ancillaire (lieu de

⁴ Nous penchons pour la seconde disposition, spécialement dans la mesure où il s'agit d'une « capacité spéciale », voir P. Lalive, J.F. Poudret, C. Reymond, *Le Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse* (ci-après Lalive Poudret Reymond, ad art. 178, No. 19, p. 324). En droit suisse, le pouvoir de compromettre est reconnu à l'administration de la faillite sur autorisation de la commission de surveillance (art. 237, al. 3, ch. 3, LP) et à la deuxième assemblée des créanciers (art. 253 LP). Comp. M. Blessing, *The New International Arbitration Law in Switzerland*, J.I.A 1988, pp. 9, 26 et 27.

⁵ Cf. Van Den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, p. 276. Cf. sentence 88/1972, Cour d'Arbitrage de la Chambre bulgare de Commerce et d'Industrie du 23 juin 1973, Yearbook 1979, No. 6, p. 192. Cette sentence relève cependant que le jugement de faillite n'a pas d'effet extraterritorial, ce qui l'affaiblit. Pour les faillites secondaires, la « loi personnelle », celle de l'établissement en cause, est évidemment différente de celle du siège principal : art. 19, Convention d'Istanbul et art. 28, Convention de Bruxelles.

⁶ Art. 7, 9, 10 et 11, Convention d'Istanbul, art. 4, al. 2c et 18, Convention de Bruxelles.

l'établissement secondaire ou, éventuellement, où se trouvent des biens du failli) donne le pouvoir de plaider à ces masses secondaires, les arbitres le reconnaîtront, avec le risque toutefois de se trouver confrontés à plusieurs « successeurs universels concurrents » du failli. Dans la conception suisse, la faillite ancillaire s'analyse en procédure d'entraide judiciaire au profit de la faillite principale : cette qualification n'emporte pas l'impossibilité pour la mini-faillite de plaider devant des arbitres.

La capacité du failli s'apprécie selon l'art. 187, al. 1, LDIP : s'agissant d'une incapacité spéciale résultant de la faillite, les dispositions de la loi régissant cette dernière sont applicables avec la précision que le dessaisissement ne se qualifie en général pas d'incapacité⁷.

2. Portée subjective de la Convention arbitrale

Le dessaisissement du failli affecte la portée personnelle de la convention arbitrale, matière régie par le droit substantiel applicable à celle-ci⁸. Pour que la masse soit partie à l'arbitrage, il faut et il suffit donc que cette « succession » résulte soit du droit choisi par les parties, soit du droit régissant l'objet du litige et notamment du droit applicable au contrat principal, soit encore du droit suisse⁹.

S'agissant de ce dernier, le 26 octobre 1907¹⁰, le Tribunal fédéral a jugé que la « déclaration de faillite ... a eu pour effet d'entraîner la caducité de la clause compromissoire, vu l'impossibilité de l'exécution de cette clause, la masse ne peut ni l'invoquer en sa faveur, puisqu'elle n'est pas subrogée au failli, ni la liquider, parce que le droit qui en découle ne comporte pas une liquidation ».

⁷ Cf. A. Bucher, *Droit international privé suisse*, tome 2, No. 195 et ss, spécialement 197, p. 85.

⁸ Lalive, Poudret, Reymond, ad art. 178, No. 14, p. 322.

⁹ « La question de savoir si la convention d'arbitrage a été valablement cédée se détermine suivant le droit désigné par 178, al. 2, LDIP, comme étant le plus favorable à la validité de la convention d'arbitrage ... ». ATF Clear Star, 117 II, p. 94, J.T. 1992, I, p. 57, R. Arb., 1991, p. 709 (713), note P.Y. Tschanz c. 5b.

¹⁰ ATF 33 II, p. 648 (654), Société anonyme du Village suisse.

Cet arrêt repose sur l'idée surannée que la clause arbitrale participe d'une convention de droit privé alors que la jurisprudence ultérieure y voit un mode de résoudre les litiges et lui attribue une nature procédurale¹¹. On peut donc faire abstraction de cette décision, spécialement dans la mesure où l'autonomie de la clause compromissoire impose de dissocier son sort du contrat de fond¹². La jurisprudence récente paraît univoque¹³. La solution est de fait encore confirmée par l'arrêt du 9 avril 1991, « Clear Star Limited » du Tribunal fédéral¹⁴.

Lorsqu'une clause arbitrale est stipulée incessible, s'applique-t-elle à la masse ? En droit suisse, la réponse ne paraît pas dépendre de la qualité de défenderesse ou demanderesse de celle-ci. Selon l'article 405 CO, le mandat finit en principe par la faillite du mandant, sauf si le contraire a été convenu ou résulte de la nature de l'affaire. Même si l'on qualifiait le contrat d'arbitres de mandat pur et simple (plutôt que de convention sui generis en présentant certains aspects), cette disposition n'impose pas la révocation, car l'arbitre a pour fonction une activité à l'exclusion d'une représentation des parties¹⁵. S'agissant de la méthode adoptée pour régler les litiges plutôt que de droits et obligations intuitu personae, il faut présumer qu'une clause interdisant la cession ou la délégation du contrat ne vise pas la masse en faillite : il y a toutefois là lieu à interprétation de la volonté des parties.

¹¹ Exemple : ATF 103 II, 176c.1 = J.T., 1978, p. 71, l'arrêt de principe étant ATF 41 II 537.

¹² ATF 59 I, 177 et art. 178, al. 3, LDIP. Le contrat peut être caduc en raison de la faillite ou résilié par la masse (art. 405, al. 1, CO, 211 LP, etc.) sans que ceci affecte la clause compromissoire.

¹³ ATF non publié du 15 novembre 1961, c. 4a, cité par P. Jolidon, *Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne, 1984, (ad art. 4, No. 823, p. 141); Tribunal cantonal Jura, 8 octobre 1981, Bull. ASA, 1983, No. 3, p. 27, Tribunal cantonal Valais, 9 juillet 1986, Bull. ASA, 1987, p. 203, Cour d'Appel de Berne, 15 février 1980, cité par Jolidon, *ibidem*.

¹⁴ ATF 117 II, p. 94, J.T., 1992, I, p. 57, R. Arb., 1991, p. 709, note P.Y. Tschanz; cf. J. Werner, *Jurisdiction of Arbitrators in Case of Assignment of an Arbitration Clause*, JIA, 1991, p. 13.

¹⁵ Cf. Gautschi, *Der einfache Auftrag*, Commentaire bernois, 1971, ad art. 405, No. 12a et ss, p. 686. De même, la faillite de l'arbitre n'équivaut pas à une révocation ou à une récusation, la clause contraire pouvant toutefois s'inférer le cas échéant des circonstances (cf. P. Jolidon op. cit. art. 23, No. 23, p. 323d).

Dans l'arrêt « Clear Star Limited » du 9 avril 1991, précité¹⁶, le Tribunal fédéral eut l'occasion de trancher la question mais semble ne pas l'avoir fait. Une masse en faillite suédoise cède ses droits contractuels contre deux entités polonaises à une société de Guernesey (Clear Star) qui dépose une requête d'arbitrage CCI contre celles-ci. Le contrat initial entre la faillie suédoise et l'une des personnes morales défenderesses stipulait l'interdiction de céder ou de sous-contracter sans l'accord écrit du co-contractant, ce dont le Tribunal fédéral infère (c. 6b, p. 714) : « si (Clear Star) ne tirait aucun droit de la clause compromissoire à cause de l'interdiction complète de cession, le Tribunal arbitral s'est déclaré incompétent de manière correcte ... ; si la clause compromissoire ... est interprétée à la lumière de l'interdiction de cession ..., qui comprend toutes les prétentions, la clause compromissoire se révèle effectivement être personnalisée en fonction des parties initiales et ainsi incessible ».

Des faits relatés, il ressort que Clear Star Ltd fut constituée spécialement pour l'arbitrage, quelques jours avant la cession litigieuse. Elle n'était pas une créancière dans la masse agissant aux droits de celle-ci, mais un tiers ayant acquis un actif en vertu d'une cession ordinaire de créance. Le Tribunal fédéral constate donc que la masse ne pouvait pas la subroger dans la clause compromissoire stipulée incessible ; cet arrêt ne décide pas si celle-ci liait la masse elle-même. Le nouvel art. 260 LP distingue expressément la cession de l'action de la masse à un créancier (al. 1) et la réalisation d'une prétention si aucun créancier n'en demande la cession¹⁷ :

¹⁶ Cf. Supra, note 14. Aux Etats-Unis, cf. Apollo Computer v. Berg 886 F 2d 469 (1st Cir. 1989) et commentaire par W.W. Park, The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan : What sort of Kompetenz-Kompetenz has crossed the Atlantic ? Arbitration International 1996, p. 137, 147-148.

¹⁷ La loi de poursuite révisée entre en vigueur le 1^{er} janvier 1997. Dans un arrêt du 8 mars 1996 (ATF 122 III, 176c.5, f, p. 188, cf. ibidem, p. 189), le Tribunal fédéral rappelle la distinction : « Le concordat par abandon d'actif ne contient pas de transfert de droit civil dans la conception légale. Les actifs patrimoniaux cédés ne sont pas remis à un nouveau titulaire, mais le droit exclusif de disposer des biens revient aux créanciers ou aux organes de liquidation malgré le fait que la propriété civile en demeure au débiteur », (traduction de l'allemand). Cet arrêt distingue expressément entre la cession de droit civil (art. 164 et ss, CO) et de droit des faillites (art. 260 LP), cette dernière s'analysant en un simple transfert de la qualité pour agir (« Prozessführungsrecht »).

lorsqu'un créancier agit aux droits de la masse, soit obtient la cession de l'action appartenant à celle-ci, la clause arbitrale demeure valable comme « accessoire »¹⁸.

B) Aspects objectifs

1. Généralités

En édictant une règle matérielle (« toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage », art. 177, al. 1, LDIP), le législateur a exclu « toutes les difficultés liées à l'approche contractuelle, en particulier la nécessité de rechercher la loi applicable dans la détermination de l'arbitrabilité du litige. La solution retenue, qui ne réserve pas la compétence exclusive des tribunaux étatiques, contrairement au droit concordataire par exemple (cf. art. 5 CIA) manifeste, au demeurant, l'intention du législateur fédéral d'ouvrir largement l'accès à l'arbitrage international ...

Il n'y a, en principe, pas lieu de tenir compte des restrictions et prohibitions du droit étranger relatives à l'arbitrabilité de la cause ...

L'ordre public ne pourrait avoir de l'importance que s'il exigeait impérativement que la prétention litigieuse soit soumise à une autorité étatique »¹⁹. En conséquence :

¹⁸ La jurisprudence est constante : la cession de l'art. 260 LP permet au créancier de faire valoir en son propre nom et à ses risques et périls la prétention litigieuse en lieu et place de la masse. A ce titre, il acquiert tous les accessoires, par exemple la possibilité de faire valoir des exceptions de nature paulienne (cf. ATF 105 III, 138 = J.T., 1981, II 70, c. 3 ; ATF 109 III, 27). « La question du transfert de la convention d'arbitrage au successeur, à titre particulier ou universel, de la partie initiale doit également, à notre avis, être examinée au regard du droit le plus favorable. Le droit suisse l'admet en principe, en considérant qu'il s'agit d'un droit accessoire du contrat principal », (citations de jurisprudence), Lalive, Poudret, Reymond, ad art. 178, No. 21, p. 325.

¹⁹ ATF 23 juin 1992, Fincantieri, c. 3a et c, Bull. ASA, 1993, pp. 58 (63, 64 et 65); S.J., 1993, p. 2. Il s'agit du premier arrêt rendu par le Tribunal fédéral dans cette affaire (sur sentence incidente).

- L'arbitre peut se prononcer sur sa compétence même si se posent des problèmes touchant à l'ordre public. Incontestée en Suisse, cette solution se répand de plus en plus.²⁰
- L'arbitre n'a pas l'obligation de prendre en compte l'ordre public du pays où sera vraisemblablement exécutée la sentence : le refus d'exequatur est un risque que prennent les parties²¹.
- Pour éviter une possible annulation de sa sentence, l'arbitre doit prendre en compte d'office l'ordre public réservé par l'art. 190, al. 2e, LDIP. Il s'agit de celui prévu par le droit matériel applicable d'une part et des « principes fondamentaux du droit qui s'imposent sans égard au lien du litige avec un pays déterminé; dans la plupart des cas ..., le choix de l'ordre public suisse en matière internationale plutôt que d'un ordre public transnational ne devrait pas conduire à un résultat différent »²². L'arbitre tient compte uniquement de l'ordre public

²⁰ Voir ATF 28 avril 1992, c. 5, Bull. ASA, 1992, pp. 368 et ss, (p. 377) : applicabilité de l'art. 85 du Traité de Rome par l'arbitre, au moins lorsqu'un droit européen (belge) régit le contrat. Cf. en France, Paris, 20 septembre 1995, Matra, R. Arb., 1996, p. 87, note D. Cohen, en matière de faillite et, pour la faculté des arbitres d'appliquer les règles d'ordre public en général, Paris, 29 mars 1991, Ganz, R. Arb., 1991, p. 178, note L. Idot. Aux Etats-Unis W.W. Park, *The Arbitrability dicta in First Options v. Kaplan*, *Arbitration International*, 1996, pp. 137 et ss, spécialement 148 et 149 et note 29 : « In recent years, both inside and outside of the United States, Courts have abandoned much of their earlier hostility to arbitration of statutory claims that implicate vital societal interests ». Voir aussi J.T. Mc Laughlin, *Arbitrability : Current Trends in the United States*, *Arbitration International*, 1996, p. 113, qui cite une décision de la Third Circuit Court de New York, 1989, Hayes & Co versus Merryl Lynch et indique (p. 134) : « This is an important decision predicated that, in trustee initiated suits, arbitration agreements will be enforced, since it is unlikely that any trustee will be able to show that the policies behind the Bankruptcy Code « trump » those contained in the FAA ». L'arrêt de principe en matière de faillite est 80B.R.606 (D. Mass, 1987) Société Nationale Algérienne v. Distrigas (cf. R. Briner, in *Kommentar zu dem schweizerischen Privatrecht, internationales Privatrecht*, ad art. 177, No. 18, p. 1429).

²¹ Arrêt précité du 28 avril 1992; arrêt précité du 23 juin 1992, Fincantieri, c. 3d, § 2, p. 67. Le Tribunal fédéral n'annule pas une décision de l'arbitre qui ne prend pas en compte l'ordre public étranger; il ne lui interdit pas non plus de le faire, spécialement si la procédure choisie par les parties le lui suggère (art. 26 « Règle générale » règlement CCI; art. 20.2 General Rules, LCIA Rules).

²² ATF 19 avril 1994, Westland, c. 6a, Bull. ASA, 1994, pp. 404 et ss, (p. 419). « L'ordre public, au sens de l'art. 190, al. 2, lettre e, LDIP, ne constitue qu'une simple clause de réserve ou d'incompatibilité, ce qui signifie qu'il a uniquement une fonction protective (ordre public négatif) et qu'il ne sortit aucun effet normatif (ordre public positif ou formateur) sur les rapports juridiques litigieux » (ATF 10 juin 1996, non publié, c. 3a) ; comp. P. Mayer, La sentence contraire à l'ordre public au fond, R. Arb. 1994, p. 615, spécialement p. 644 et No. 59.

international imposant la compétence de juridictions étatiques et excluant l'arbitrage ; une compétence impérative, voire d'ordre public interne, ne suffirait pas²³.

2. Arbitrabilité en matière de faillite

Les principes ci-dessus n'excluent pratiquement jamais l'arbitrabilité lorsqu'une partie fait faillite.

Il faut réserver les matières de pure exécution collective, telle la collocation qui ressortit exclusivement aux organes de la faillite ou le prononcé de celle-ci²⁴. En revanche, les actions matérielles peuvent être soumises à des arbitres.

Ainsi, contrairement à la collocation elle-même, l'action en contestation de l'état de collocation ou celle en élimination de créance paraissent arbitrables²⁵. L'art. 250 LP prévoit la compétence du « juge qui a prononcé la faillite » : l'ordre public international ne sanctionne pas cette règle qui concerne la compétence locale plutôt que celle d'attribution; même en droit interne suisse, la prorogation de for est admissible et aucun principe fondamental n'est en jeu, en particulier pas l'égalité des créanciers²⁶.

²³ Même solution en droit belge, cf. P. Hanotiau, La loi applicable par l'arbitre en cas de faillite d'une des parties à la procédure, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1996, p. 29 (p. 33).

²⁴ Cf. F. Perret, *I Limiti dell'arbitrabilità*, *Rivista dell'arbitrato*, 1994, p. 677 (N. 4.4.4, p. 694). Incompétence de l'arbitre pour la procédure de mainlevée, ressortissant aux voies d'exécution par opposition à sa compétence pour l'action matérielle : Tribunal cantonal des Grisons, 29 août 1951, R.S.J. 1951, No. 51, p. 118.

²⁵ Idem R. Briner, op. cit. ad art. 177, No. 13, p. 1427.

²⁶ ATF 100 II, 319, spécialement exposé des faits lit., C dernier §, p. 322. De surcroît, les actions en contestation de l'état de collocation peuvent être transigées, ce qui démontre que les parties ont la libre disposition de leurs droits : a fortiori, elles peuvent donc compromettre (la question de l'arbitrabilité subjective, « une autre histoire », ayant été étudiée ci-dessus). L'art. 250, al. 2, nouvelle LP, confirme que par « juge du for de la faillite », il faut entendre le renvoi aux règles cantonales de compétence locale.

Les mêmes motifs conduisent à admettre l'arbitrabilité de l'action en revendication d'objets par des tiers²⁷. L'arbitre peut se prononcer sur l'action paulienne intentée par la masse et l'exception de même nature malgré le fait qu'en droit suisse, il s'agit d'exécution forcée plutôt que de droit matériel : de surcroît, le nouvel art. 289 LP ne prévoit pas le for de la faillite, mais celui du défendeur²⁸. L'exception de compensation est admissible devant l'arbitre : les tribunaux français, eux, ne l'admettent pas, car ils y voient une contrariété avec l'ordre public interdisant de rendre un jugement condamnatore contre la masse²⁹.

Le droit suisse ne fait pas davantage obstacle au règlement arbitral de litiges tenant à la collocation dans une classe plutôt qu'une autre ou à la qualification de « dettes de la masse »³⁰.

²⁷ ATF 56 III, 233. Les actions en revendication (art. 242 LP) de tiers contre la masse ont une nature mixte de droit matériel et de droit des poursuites : elles paraissent donc arbitrables (cf. Jaeger, *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, tome 2, No. 6, p. 333, hésitant). Le Tribunal fédéral a constaté la compétence exclusive des juridictions suisses pour l'action en revendication dans la procédure de saisie (ATF 107 III, 118, c. 2, p. 120, confirmé par S.J., 1987, p. 425, c. 2, p. 426); il s'agissait toutefois d'actions opposant le tiers revendiquant à un créancier (le débiteur n'était pas partie), soit de contestations de pur droit des poursuites qui n'ont aucune portée comme précédent en matière de faillite.

²⁸ Les parties peuvent disposer de leurs droits par transaction, cf. Fritzsche Walder, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Zürich, 1993, tome 2, No. 2, p. 564; H. Peter, *L'action révocatoire dans les groupes de société*, Faculté de droit de Genève, 1990, § 6, p. 79. Voir cependant ATF 59, (1933), III, 254, déclarant que l'action révocatoire est impérativement soumise au droit de la faillite, ce dont certains infèrent la compétence exclusive du for de celle-ci (cf. J.L. Chenaux, *Un survol de l'action révocatoire en droit international privé suisse*, RSJ, 1996, p. 232, spécialement III). Le nouvel art. 289 LP nous paraît rendre vaines ces controverses. L'action paulienne « ne vise pas à faire trancher une contestation relative au recours à la force, à la contrainte ou à la dépossession de biens meubles et immeubles ... (elle) n'entre pas, par suite, dans le champ d'application de l'art. 16-5° », Convention de Bruxelles (CJCE 26 mars 1992, Reichert (2^{ème} arrêt), aff. C. 261/90).

²⁹ Cour d'Appel de Paris, 27 février 1992, R. Arb., 1992, p. 590, note P. Ancel. En droit suisse, la compensation s'opérant au niveau du droit de fond, la sentence reste à ce niveau de nature déclaratoire. Même, s'il s'agissait de compensation judiciaire (droit étranger applicable par exemple), l'art. 177 LDIP impose que les arbitres puissent se prononcer, la collocation elle-même demeurant l'apanage subséquent des organes de la faillite.

³⁰ Sur le premier point, mêmes motifs que pour l'action en contestation de l'état de collocation en général ; sur le second, ATF 106 III, 121, qui rejette la compétence de l'autorité de surveillance pour les litiges sur la qualification d'une dette comme une obligation de la masse et renvoie ceux-ci au juge civil ordinaire, car il s'agit d'une matière ressortissant au droit de fond et non à l'exécution forcée (cf. Sentence CCI 4415, Clunet, 1984, p. 952, spécialement 954, note S.J.).

La soumission de ces différentes actions à un arbitre plutôt qu'à un juge étatique ne met pas en cause l'égalité des créanciers : l'ordre public ne fait donc pas obstacle à ce mode de règlement des litiges. L'objection de la discrétion attachée à l'arbitrage ne tient pas : la masse (ou « cessionnaire ») est partie, ce qui donne l'assurance que l'ensemble des créanciers a un regard sur la procédure. Au demeurant, l'arbitre devrait ex officio s'opposer à un procès qu'il tiendrait pour « arrangé » au détriment de l'égalité des créanciers. En d'autres termes, les arbitres ont la compétence, mais tiennent compte de l'état de faillite : c'est dire que celle-ci n'est pas sans répercussion sur la procédure arbitrale.

II) EFFETS DE LA FAILLITE SUR L'ARBITRAGE

A) Effets procéduraux

1. Suspension des procédures

En droit français, « le principe de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite ... est à la fois d'ordre public interne et international »³¹.

L'art. 207 LP ordonne impérativement une telle suspension des procès civils jusqu'après les dix jours qui suivent la seconde assemblée des créanciers³².

Le but recherché paraît exclure un caractère d'ordre public international qui, seul, imposerait cette suspension à l'arbitre³³. Il s'agit de donner à l'administration de la faillite le temps nécessaire pour étudier les

³¹ 1ère Civ. 8 mars 1988, Thinet, R. Arb., 1989, pp. 473 (474), note P. Ancel ; voir aussi Com. 4 février 1992, Saret, R. Arb., 1992, p. 663, note J.H. Moitry ; aux Etats-Unis, cf. J.O. Harwood, *Bankruptcy Arbitration and the Unwilling Debtor*, *Dispute Resolution Journal*, December 1993, pp. 28 et ss, spécialement note 6. Voir aussi art. 1465 NCPC renvoyant pour l'arbitrage interne à l'art. 369, al. 3 NCP.

³² ACJ Genève, 6 novembre 1987, S.J., 1988, p. 167.

³³ ATF 7 septembre 1993, Fincantieri (deuxième arrêt du Tribunal fédéral dans cette affaire) Bull. ASA, 1994, p. 248, c. 1c, p. 251, (« les recourantes invoquent ... « le pénal tient le civil en état » ... (ce brocard) s'imposerait en procédure de recours, dans le domaine de l'arbitrage international, s'il faisait partie de l'ordre public »).

dossiers (souvent volumineux et mal tenus), examiner s'il y a lieu de continuer une procédure ou de s'en désister (les faillites donnent de nombreux exemples de procès entamés ou continués sans espoir de succès, spécialement pour éviter l'inéluctable dépôt de bilan), en un mot, il faut permettre aux organes de liquidation d'acquérir une vue globale du patrimoine du failli qui permet seule de prendre les décisions nécessaires en vue d'une réalisation optimale.

La faillite peut avoir des effets matériels sur le litige qu'il prend du temps d'étudier (l'apparition de prétentions ou exceptions « pauliennes », la résiliation ou la révocation de contrats sont autant de « faits nouveaux » modifiant la situation juridique).

Ces raisons justifient la suspension des procédures jusqu'à ce que la deuxième assemblée des créanciers puisse prendre ses décisions même si, dans l'intervalle, l'administration spéciale et la commission de surveillance peuvent trancher « dans les cas d'urgence » (art. 207 LP).

Ces raisons, impérieuses, ne justifient pas une suspension obligatoire des procédures civiles pour cause d'ordre public international :

- Selon la Convention de Bruxelles, les effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance en cours sont régis exclusivement par la loi de l'Etat dans lequel cette instance est en cours par opposition à celle de la faillite (art. 15). Loin d'être imposée par l'ordre public, la suspension ne dépend même pas de la *lex concursus*.
- La nouvelle loi de poursuite (art. 207, al. 2) prévoit que les procédures administratives « peuvent » être suspendues, preuve que, dans l'esprit du législateur, il n'est pas toujours impératif d'attendre la seconde assemblée des créanciers.

- Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la suspension des procédures par une faillite suisse produit effet sur les procès plaidés à l'étranger : son doute sur l'existence de la règle en la matière exclut tout caractère d'ordre public³⁴.
- Les raisons sous-tendant à l'art. 207 LP ne justifient pas une suspension de plein droit des procédures. Le but législatif est atteint si l'arbitre donne à la masse le temps nécessaire pour organiser sa défense, prendre (le cas échéant d'urgence) ses décisions même sans attendre la deuxième assemblée des créanciers. En d'autres termes, l'arbitre devrait toujours considérer la suspension en opportunité de la procédure. La pratique démontre d'ailleurs que, bien souvent, l'intérêt des deux parties milite en ce sens : l'adversaire de la masse peut vouloir revoir sa propre position, notamment s'il entrevoit un succès débouchant au mieux sur un dividende infime³⁵. En définitive, l'ordre public intervient au niveau du respect des droits à un procès raisonnable, notamment à ce que la masse soit informée que la procédure existe et continue son cours. Le 7 septembre 1983, de façon incidente, le Tribunal fédéral a rappelé la possibilité de suspendre un arbitrage lorsque « se pose le problème particulier de l'existence juridique ou de la qualité pour agir d'une partie et (dans) les cas de

³⁴ ATF 93 III, 84, c. 3, p. 89. « Est nulle une décision si elle se heurte à des dispositions qui sont prises dans l'intérêt public ou d'un nombre indéterminé de tiers et de ce fait impératives. L'art. 63, al. 1, OF, ..., ne fait pas partie de telles dispositions car la manière de colloquer une prétention contre le failli déjà litigieuse lors de la faillite n'a d'intérêt que pour un groupe limité de personnes, les créanciers dans la masse ». Selon cet arrêt, la seule règle d'ordre public est donc l'égalité des créanciers. Depuis lors, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que l'art. 63 OF s'applique aux procès à l'étranger si le jugement à en attendre est susceptible d'exequatur.

³⁵ Selon notre expérience, il désire une poursuite immédiate de la procédure lorsqu'il bénéficie de sûretés (spécialement de garanties de tiers, notamment d'assurances) ou si la faillite a été « organisée » pour circonvenir l'arbitrage. Dans les autres cas, il préfère lui-même la suspension qui permet de négocier avec un nouvel interlocuteur (la masse). De plus, si celle-ci reprend le procès, les frais d'arbitrage font partie des dettes de la masse, ce qui est un élément de décision important pour qui plaide contre elle. Monsieur Mantilla Serano (*International Arbitration Insolvency Proceedings, Arbitration International*, 1995, pp. 51 et ss, p. 56, dernier §) cite une ordonnance arbitrale ayant suspendu d'accord entre les parties un arbitrage international : en l'espèce, l'enjeu du litige était divisé par dix (dividende prévisible) sans que les frais d'arbitrage fussent réduits (contrairement aux juridictions étatiques suisses, la CCI calcule les droits sur la base de la demande et non pas du dividende prévisible).

demande de suspension conjointe »³⁶. A l'appui de sa décision, le Tribunal fédéral se réfère à Schlosser qui, précisément, adopte dans le passage cité la position ici défendue³⁷.

La solution proposée, par sa souplesse, a l'avantage de permettre aux arbitres de préserver les droits légitimes des deux parties et de ne pas accepter certaines manoeuvres, telles des faillites opportunes en vue d'entraver la procédure arbitrale en la suspendant de plein droit.³⁸

Il s'agit pour l'arbitre de tirer les conséquences procédurales du « dessaisissement », indépendamment du lieu de la faillite et même de savoir si la loi de la faillite prescrit une suspension. Il y a là un impératif résultant du droit d'être entendu en procédure contradictoire.

2. Autres effets procéduraux induits par la faillite

2.1 Notifications : chaque partie a la responsabilité de donner l'adresse où les communications doivent être faites à son adversaire. Sauf soupçon de fraude, les arbitres n'ont donc pas à se préoccuper d'office de cette question. Une sentence prononcée contre la masse sans notification régulière des communications risque cependant une annulation (art. 190, al. 2d, LDIP) et un refus d'exequatur (art. VIb, Convention de New York, 1958)³⁹. La

³⁶ Arrêt Fincantieri, No. 2 précité, Bull. ASA, 1994, p. 248, c. 1b, p. 250.

³⁷ P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, deuxième édition, Tubingue, 1989, No. 663, p. 492 : cet auteur suggère d'appliquer, par analogie, les dispositions sur la suspension des procédures étatiques aux arbitrages en tenant compte du pouvoir d'appréciation propre à ce genre de procédures. « Cette appréciation ne peut naturellement pas être ainsi utilisée de telle manière que les personnes nouvellement responsables n'obtiennent pas un droit d'être entendu équitable (traduction de l'allemand). Comp. 1ère Civ. 5 février 1991, Almira, R. Arb., 1991, p. 625 (627) note L. Idot : « Le principe supérieur de la contradiction, indispensable au déroulement d'un procès équitable, imposait donc aux arbitres de rechercher dans quelle mesure l'impossibilité d'agir où s'était temporairement trouvée l'une des parties, avait arrêté le cours du délai prescrit par le règlement arbitral ».

³⁸ Cf. Paris, 12 janvier 1993, R. Arb. 1994, p. 685, spécialement 692 et 693.

³⁹ Cf. F. Mantilla Serano, op. cit., selon qui les notifications continuent d'être faites à l'adresse indiquée dans la mission (art. 13, 1b et 6.2, règlement CCI). Ceci néglige le dessaisissement : si la masse n'est pas informée de la procédure arbitrale, la sentence ne lui sera pas opposable (rejet de la production). Comp. art. 5, Règlement d'arbitrage, Chambre de commerce et d'industrie de Genève (« à l'adresse figurant dans la demande d'arbitrage ou à toute autre adresse indiquée ultérieurement »). Le risque est concret dans plusieurs hypothèses, notamment la faillite de

représentation de la masse est en effet soumise au droit de la faillite, en pratique celui du domicile ou du siège social du failli, lieu d'ouverture habituel de la procédure collective⁴⁰.

2.2 Le cas échéant, les arbitres s'assureront que le mandat de l'avocat n'est pas caduc en raison de la faillite.

2.3 La masse pourrait être amenée à mettre en cause l'arbitre primitivement désigné par le failli qui pourrait manquer d'indépendance⁴¹.

2.4 Si la masse succède au failli, celui-ci peut-il intervenir ou être appelé en cause ?⁴². Il peut y avoir intérêt, notamment s'il dispose de biens qui ne font pas partie de la masse (par exemple, car ils sont à l'étranger). Signataire du contrat arbitral (que le dessaisissement ne touche pas), il ne peut voir son objection rejetée pour cause d'absence de compromis valable : de ce fait, la validité de sa participation à l'arbitrage doit être examinée cumulativement selon le droit de la faillite et celui applicable à la procédure arbitrale plutôt qu'en conformité du droit auquel est soumise la convention d'arbitrage⁴³.

sociétés membres de groupes, les notifications demeurant envoyées à l'adresse du holding plutôt qu'à la masse.

⁴⁰ Sous réserve des faillites « secondaires » pour lesquelles la compétence résulte d'établissements ou d'actifs sur un territoire donné. Voir aussi Paris, 3 mai 1988, Demarti, R. Arb., 1989, p. 75, note P. Ancel.

⁴¹ Le failli peut avoir un intérêt personnel à ce que la masse perde l'arbitrage qu'il aurait engagé de sorte qu'elle peut estimer se trouver confrontée à deux « arbitres de partie » peu favorables. Il se produit aussi qu'un organe de la masse, avocat, soit par exemple associé d'un des arbitres précédemment nommés ...

⁴² En droit suisse, le failli demeure propriétaire des actifs jusqu'à la liquidation de la faillite, mais n'a plus qualité pour en disposer. De ce fait, le changement de partie dans la procédure n'est pas total, même si la masse est sujet de droit (sinon personne morale) : « Le changement des personnes n'entraîne pas substitution de partie lorsqu'il s'opère par succession universelle ou en vertu de dispositions légales spéciales » (art. 17, al. 3, PCF).

⁴³ En droit suisse, l'intervention du failli, accessoire tout au moins, semble admise en faveur ou contre la masse (Jaeger, op. cit., ad art. 250, No 1, p. 351). Contra : arrêt de la Cour de Justice de Genève, 30 mai 1975, S.J., 1976, p. 333. La seule réserve résulte du « *receptum arbitri* » : l'accord de l'arbitre est donc nécessaire.

2.5 Enfin, les frais de procédure peuvent soulever des difficultés : la masse peut-elle être condamnée à une avance ou à donner une caution pour frais adverses ? Si elle « reprend » le procès, elle semble devenir une partie ordinaire puisque les frais deviennent dettes de la masse⁴⁴. En revanche, il nous semble exclu de prévoir une condamnation par provision, par exemple une garantie pour exécution de la sentence au fond, car ceci serait une atteinte directe à l'égalité des créanciers, soit la création d'une dette de la masse non prévue par la loi⁴⁵.

B) Effets matériels

Le prononcé de la faillite provoque l'irruption d'un nouveau droit potentiellement applicable, la *lex concursus*.

En particulier, les arbitres doivent déterminer son rôle quant à la validité et aux effets des sûretés (privilèges, hypothèques, réserves de propriété, etc.), aux intérêts contractuels (suspendus par le prononcé de la faillite, art.209 LP par exemple), à la monnaie du contrat, à l'éventuelle caducité ou révocation de celui-ci, etc.

En droit suisse, la situation de l'arbitre est particulière par rapport à celle du juge en ce que sa liberté est plus grande : il statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits, voire, s'il y est autorisé par les parties, statue en équité (art. 187, al. 1 et 2, LDIP)⁴⁶.

Or, précisément, plusieurs de ces matières sont celles où l'égalité des créanciers est le plus en cause.

⁴⁴ Contra : droit français.

⁴⁵ Voir sentence CCI, No 6697 du 26 décembre 1990, CASA, R. Arb., 1992, p. 135, note P. Ancel (Siège Paris, droit suisse applicable au fond) qui admet la solution suggérée ci-dessus.

⁴⁶ La faillite cause-t-elle la caducité de l'amiable composition ? L'art. 187, al. 2, LDIP, paraît l'exclure mais l'égalité des créanciers fait à notre sens partie des considérations dont l'arbitre tiendra compte en tout état de cause. Cf. Cour d'Appel de Paris, 16 février 1989, Société Almira Films, R. Arb. 1989, pp. 711, 714 et note L. Idot, spécialement ch. 12, 13 p. 718 (la Cour de Cassation a confirmé l'arrêt mais sans reprendre le motif relatif à l'amiable composition, R. Arb. 1991, p. 625, note L. Idot.

Dans une faillite, seul importe au créancier son dividende : les privilèges, le droit d'objecter de compensation, la possibilité d'exercer un droit de rétention sont autant d'exceptions légales à l'égalité dans l'infortune et, comme telles, font l'objet de réglementations variables en droit comparé.

L'arbitre nous semble devoir s'inspirer des principes suivants :

- La territorialité (ou l'universalité) de la faillite n'ont pour lui aucune pertinence car il n'a pas d'ancrage territorial.⁴⁷
- Une sûreté réelle existe si elle a été valablement constituée selon le droit applicable à l'obligation garantie et en vertu de la *lex rei sitae*. Une invalidité subséquente suppose la vocation de la *lex concursus* à s'appliquer à l'un des deux titres précédents (« application cumulative ») : l'égalité des créanciers ne permet pas de conclure à l'application de *plano* du droit de la faillite, l'article 187 LDIP n'imposant pas une telle solution.
- Les conventions de Bruxelles et d'Istanbul ont édicté un minimum de principes, ce qui montre l'absence de convergence des solutions en droit comparé⁴⁸ : si une coutume internationale doit s'instaurer, elle n'en est qu'à ses premiers débuts et on ne voit guère de règles s'imposant à ce titre aux arbitres.
- L'ordre public n'exige pas une égalité mécanique des créanciers : il n'a en principe pas d'effet normatif⁴⁹. En plus, la règle du traitement identique des créanciers existe dans tous les droits européens mais souffre tant d'exceptions et de limitations variables d'un endroit à l'autre (classes, privilèges, etc...) qu'une sentence ne sera pas contraire à l'ordre public par le seul fait que son dispositif retient une notion de l'égalité plutôt qu'une autre.

⁴⁷ Voir cependant Sentence CCI No. 6057 de 1991, Clunet, 1993, p. 1017, note Y.D.

⁴⁸ Voir avant tout l'art. précité de B. Hanotiau, *La loi applicable par l'arbitre en cas de faillite d'une des parties à la procédure*. Une sentence néerlandaise du 2 mars 1978 a tenu pour applicable la convention belgo-hollandaise prévoyant l'universalité de la faillite dans un litige entre ressortissants de ces deux pays et de ce fait tenu pour inopposable à la masse une réserve de propriété (Yearbook 1980, p. 193).

⁴⁹ ATF 10 juin 1996, cit. *supra* note 22.