

Sur l'orientation de certaines décisions du fond qui étendent les limites d'application des clauses compromissoires d'arbitrages aux litiges en Droit des sociétés

La jurisprudence dominante de la Cour de Cassation et des juridictions du fond ⁽¹⁾ enseigne que «les différends qui mettent en cause les intérêts de la société ou qui violent les règles protégeant l'intérêt collectif des associés ou des tiers ne peuvent pas faire l'objet de clauses compromissoires d'arbitrage, car il s'agit de contrôles soustraits à l'autonomie des parties».

La doctrine dominante va dans le même sens ⁽²⁾.

Un principe de ce genre a été récemment affirmé de manière impérative pour les contestations sur le bilan par Cass. Civ., Ass. plén. 21 février 2000 dans Giur. It. 2000 I, II, p. 1210 et suivantes.

La jurisprudence de cette Cour conditionne, par ailleurs, l'application de la clause arbitrale en présence d'une relation avec plusieurs parties, comme celle d'une société, à condition que le litige ait un caractère bipolaire, où les parties peuvent être a posteriori regroupées

De «Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali» 2002, n. 1

(1) Pour les décisions la Cour de Cassation : Cass. Civ. 30 mars 1998 n° 3322, Cass. Civile 18 février 1988 dans 1739 dans Società 1988, p. 476 et suivantes ; pour celles du fond, parmi de nombreuses, Tribu.Milan 4 juin 1990 dans Giur. It. 1991, I, II, 175, C. Appel Milan 11 février 1997 dans Società 1997, p. 1149.

(2) SATTA, Commentario al codice di procedura civile, IV, Milan 1959-1968, p. 206 ; SILINGARDI, Il compromesso in arbitri nelle società di capitali, Milan 1979; JAEGER, Appunti sull'arbitrato e le società commerciali, dans Giur. Comm. 1990, I, p. 299, et suivantes; ROVELLI, Competenza degli arbitri nella risoluzione delle controversie sociali dans società, 1991, p. 761 ; TETI, L'arbitrato nelle società, Riv. Arbitrato 1993, 297 et suivantes; RUBINO-SANMARTANO dans Diritto dell'arbitrato, Padoue 1994 p. 131 et suivantes ; DE FERRA, Clausole arbitrali nel diritto delle società, dans Riv. arbitrato 1995, p. 185 et suivantes .

en deux centres d'intérêts homogènes et opposés (on dit que la clause doit avoir un caractère binaire) ^(3). Les différends en droit des sociétés, avec une pluralité de parties non limitées à deux centres d'intérêt homogènes et opposés, comme c'est le cas des procédures «multipolaires», ne peuvent être soumis à une clause compromissoire d'arbitrage et une telle clause est réputée non valable et inapplicable.

Ceci explique aussi la raison pour laquelle les arbitres doivent être un nombre impair et sont désignés par les titulaires des intérêts opposés.

Depuis quelques années, en opposition évidente avec cette jurisprudence dominante, avec sa décision du 4 juin 1990 dans Giur. It. 1991 I, II, 175 et d'autres rédigées par le même rédacteur, le Tribunal de Milan a inauguré une nouvelle voie qui est, cependant, restée jusqu'à présent un cas isolé.

Le Tribunal de Milan a affirmé que les différends en Droit des sociétés constituent généralement une matière pouvant être soumise aux clauses compromissoires arbitrales «bien que sous le contrôle de règles d'intérêt général».

Selon cette orientation, l'actionnaire serait libre d'exercer ses droits dans les formes légales et avec les clauses arbitrales.

Le même Tribunal a confirmé ce tournant par la suite avec le jugement du 10.1.2000 dans Giur. It. 2000, I, en matière cette fois de bilan. Avec la dernière décision du 13.11.2001 n° 11132 que l'on commente ici, ce même Tribunal de Milan est allé plus loin par une fuite en avant.

Cette décision a amené cette orientation isolée à des conséquences extrêmes, en établissant le principe que tous les litiges se référant aux droits abstraitement disponibles peuvent faire l'objet de clauses compromissoires d'arbitrage, à l'exception de ceux qui ne sont pas disponibles en raison du caractère illicite de l'acte et qui, comme tels, ne peuvent ne peuvent être transigés selon les termes de l'art. 1972 c.c..

D'après cette orientation, tous les différends en Droit des sociétés rentreraient dans la sphère d'application de la clause compromissoire arbitrale, à l'exception des litiges qui ne peuvent être transigés pour illégalité de l'acte.

(3) MANDRIOLI, *Corso diritto procedurale civile*, Turin 1995 III, 360 et suivantes Parmi de nombreuses décisions : Cass. Civ. 15 avril 1998 n° 2983 dans *Società* 1988, 585 ; Cass. Civ. 13 avril 1998 n° 2940; Trib. Naples 18 décembre 1987 dans *Società* 1988, 591

Par conséquent, avec la décision en examen, le Tribunal a décliné sa compétence, en tant que juge ordinaire, au profit d'un collège d'arbitres officiels, et il a retenu que le différend qu'il avait à connaître pouvait être soumis à une clause compromissoire.

Il convient de préciser que dans le cas d'espèce, de demandeur avait contesté une délibération d'assemblée sur une importante augmentation de capital qui était simulée et inexistante, et il avait objecté que la délibération de placement successive des administrateurs était inexistante car ces derniers ne s'étaient pas réunis et que le versement de l'augmentation de capital était uniquement apparent et non réalisé.

La survie de la société dépendait de l'issue de l'affaire car, en cas d'acceptation des demandes, elle aurait dû se dissoudre en raison des graves pertes auxquelles elle aurait eu à faire face si l'augmentation de capital n'était pas effectuée.

Le différend objectait, en tout état de cause, que la situation patrimoniale ne devait pas répondre au principe de vérité et c'était une partie importante des bilans annuels, qui en soi ne pouvaient pas être soumis à une clause compromissoire d'arbitrage selon la décision de l'Assemblée plénière n° 27/2000 indiquée plus haut. Avec une motivation contradictoire dans son rejet de l'exception d'incompétence en faveur de l'arbitrage, pour la partie qui concernait une série de bilans contestés, cette même décision du Tribunal de Milan n° 11132/2001 confirmait qu'il s'agissait d'une matière relevant de la compétence exclusive du juge ordinaire.

On aurait dû tirer, a fortiori, les mêmes conclusions, par analogie, pour l'orientation qui ne considérait pas les différends en matière de révocation d'une augmentation de capital et de délibérations d'assemblée pour la scission et l'incorporation d'une société, comme pouvant être soumis à une clause compromissoire arbitrale.

2.- Le Tribunal de Milan fonde son orientation, qui généralise l'applicabilité des clauses compromissoires à une grande partie des différends en matière de Droit des sociétés, sur l'exigence d'arriver plus rapidement et plus efficacement à une solution par rapport aux longs délais actuels.

Ce *ratio*, qui concerne toutes les procédures civiles, ne justifie pas de lui sacrifier l'intérêt public qui est supérieur à l'impartialité et à la nécessaire pondération des décisions

judiciaires ⁽⁴⁾, dans un secteur où le respect des règles est exigé dans ces entreprises économiques sous une forme sociétaire.

L'intérêt public, qui est ici sacrifié en faveur de celui moins important de la rapidité, avait motivé le législateur de la récente réforme procédurale à prévoir une procédure collégiale pour ce type de contentieux au lieu de celle monocratique.

L'intérêt public du respect des règles du Droit des sociétés est à la base de l'institution de la Consob et de ses compétences.

Dans une phase de globalisation des marchés financiers, qui impliquent des sphères d'épargnants et d'investisseurs toujours plus grandes, la certitude des règles du Droit des sociétés est une condition fondamentale pour les investissements et donc pour le développement économique du pays.

De ce point de vue, l'orientation vers l'application des clauses compromissoires arbitrales privées pour les différends apparaît nettement à contre-courant et en régression rapport aux objectifs de la politique législative communément perçus.

Le Tribunal de Milan étend la possibilité de la compromission arbitrage à ce type de différend jusqu'à la limite extrême prévue par l'art. 1972 du CC qui indique l'impossibilité de transiger pour des actes relatifs aux contrats illicites.

Cette déformation ne peut être partagée parce qu'elle concerne une hypothèse marginale et résiduelle, qui ne peut revêtir la valeur d'un principe de droit.

Les limites de la compromission arbitrale sont fixées en général par les art. 806 et 808 c.p.c. et rappellent le caractère non intransigeable des droits de l'art. 1966 c.c..

Au premier alinéa, cette dernière règle fixe la condition selon laquelle qui transige a «la capacité de disposer des droits qui font l'objet du litige» et déclare au deuxième alinéa «la nullité de la transaction si de tels droits, de par leur nature, ou par disposition légale, sont soustraits à la disponibilité des parties».

Le rappel du caractère non transigeable du droit de pouvoir appliquer à un différend une clause compromissoire arbitrale semble se référer aux clauses compromissoires qui prévoient des arbitrages non formels à la place de ceux plus procéduraux,

(4) Cass. Civ. 30 août 1999 n° 9157 ; C. Appel Milan 6 novembre 1992 dans *Società* 1993, 781 et suivantes ; Trib. Milan 4 juin 1990 dans *Giur. It.* 1991 I., II 1175 qui qualifient l'impartialité un principe indisponible d'ordre public

vu que les premiers forment des hypothèses d'actes, dont la logique et leur résultat entrent dans le domaine de la transaction. De ce point de vue, la référence de la non compromission du litige à l'impossibilité de transiger des droits paraît inadéquate.

L'interprétation de l'art. 1966 du CC, a donné lieu à une série de discussions de la part des experts du droit.

Il est bien connu que pour certains d'entre eux le premier alinéa se réfère à la capacité d'agir dans un sens technique, alors que le deuxième concerne, entre autres, plutôt la légitimation de la personne qui transige⁽⁵⁾. Pour d'autres le premier alinéa prévoit aussi la légitimation, alors que le deuxième alinéa concernerait plus exactement une condition de l'objet de la transaction⁽⁶⁾. Sur ce point, la jurisprudence suit ce courant (Cass. Civ. janvier 1990 n° 635 dans *Giur. It.* 1990, I, 1, 1102 parmi d'autres). Le deuxième alinéa évoque la nullité de la transaction si les droits «de par leur nature ou par disposition légale expresse, sont soustraits à la disponibilité des parties». Les différends en matière de Droit du travail et de la sécurité sociale, les questions d'état, la séparation personnelle entre conjoints et de façon générale, les droits non disponibles appartiennent à cette dernière catégorie. En tout état de cause, la circonstance que plusieurs hypothèses des deux alinéas de l'article 1966 c.c. prévoient des cas de nullité, retire de l'importance de leur distinction en ce qui nous concerne.

Avec une pétition de principe évidente, l'art. 806 c.p.c. définit les litiges relatifs aux droits non transigeables comme ne pouvant être soumis à une clause compromissoire et l'art. 1966 du CC, comme non transigeables les litiges sur les droits soustraits à la disponibilité des parties. Il est évident que la condition selon laquelle celui qui transige ou compromet avec l'arbitrage un différend doit avoir la disponibilité du droit, coïncide avec sa légitimation à pouvoir en disposer de façon exhaustive et est, par conséquent, compris dans le deuxième alinéa.

Il peut arriver que celui qui transige ou compromet son droit avec l'arbitrage, n'empêche pas l'exercice de ce même droit de recours des autres actionnaires et dans ce cas nous assistons à la diffusion d'autant de droits qu'il y a d'associés. Dans cette hypothèse, ces derniers peuvent tirer profit mais ne peuvent pas être lésés par un jugement formé entre étrangers,

(5) PUGLIATTI, *Della transazione* 1949, p. 466 et suivantes.

(6) CARRESI, *Transazione*, dans *Noviss. Dig.* 1973, 130 et suivantes, SANTORO PASSARELLI, *La transazione* 1975-1997 ; dans ce sens, Cass. Civ. 16 février 1957 n° 565 dans *Foro It.* 1958 I, 1758 ; Cass. Civ. 5 juillet 1993 n° 7319 dans *Foro It.* 1995, I, 650.

sur la base du principe de *res iudicata tertiis juvant sed non nocet*.

3. – Une condition de validité et application de la clause compromissoire d'arbitrage est, comme nous l'avons déjà dit ci-dessus, son caractère binaire, c'est à dire que le litige doit avoir une consistance bipolaire.

Quand on se trouve devant litige avec plusieurs parties, comme c'est le cas dans un différend en Droit des sociétés, la clause compromissoire peut intervenir si se crée a posteriori un regroupement spontané des intérêts en deux groupes homogènes et opposés, permettant ainsi d'obtenir deux parties.

Il ne suffit pas que les intérêts soient abstraitement regroupables en deux pôles homogènes, il faut que les sujets qui en sont titulaires décident spontanément de se grouper et désignent un arbitre de confiance. Un regroupement forcé n'est pas imaginable.

Si plusieurs actionnaires déposent des recours contre des délibérations d'assemblée, avec différents arbitres de confiance, la réunion ne peut pas avoir lieu.

Une intervention autonome de la part d'un seul actionnaire dans une procédure en cours, faite par d'autres, pour nommer un autre arbitre n'est pas non plus envisageable.

Quand les parties sont plus de deux et qu'un regroupement spontané ne se produit pas, la procédure arbitrale ne peut pas avoir lieu et il faut s'adresser au juge ordinaire.

La clause binaire n'agit pas non plus quand la société vient s'ajouter aux deux parties opposées (seules ou regroupées) en tant que pôle autonome d'intérêts ⁽⁷⁾.

C'est le cas pour les recours contre, par exemple, les délibérations d'assemblée de scission et d'incorporation ⁽⁸⁾, les augmentations de capital ⁽⁹⁾, la révocation ⁽¹⁰⁾, l'approbation des budgets ⁽¹¹⁾ et ainsi de suite.

(7) Cass. Civ. 15.4.1988 n° 2983 ; Cass. Civ. 13.4.1998 n° 2940 ; Cass. Civ. 18.2.1988 n° 1739 ; C. Appel Milan 4.6.1990 dans *Giur. It.* 1991, I, 2, 175; op., cit. loc. Cit.

(8) Trib. Pescara 17 novembre 1992, dans *Società* 1993, 528 ; RUBINO-SAMMARTANO, op. cit., 131 et suivantes ; Contre, Trib. Milan 2 décembre 1992, dans *Società* 1992, p. 631.

(9) Parmi tant d'autres Trib. Rome 25.7.1984, 492 avec une note d'A. RORDORF, *Deferibilità ad arbitri di controversie relative a deliberazioni assembleari*, dans *Società* 1985 ; G. SIRINGARDI, op. cit. loc. cit. ; Trib. Côme 26.5.1989, *Società* 1989, 951 ; Trib. Naples 6.3.1993, *Società* 1993, 982.

(10) Trib. Lecce 3 juillet 1997 dans *Società* 1988, p. 636.

(11) SALAFIA, *Competenza arbitrale controversie di bilancio*, dans *Società* 1989, p. 951

Cela ne se produit pas dans les hypothèses où le différend a pour objet la contestation d'une délibération, adoptée par une assemblée où ont été soulevés des vices concernant la convocation ⁽¹²⁾, la constitution, le fonctionnement de l'assemblée ⁽¹³⁾ et la

légitimité formelle ⁽¹⁴⁾ .

Cela se vérifie a fortiori quand les vices entraînent l'inexistence juridique de l'assemblée et, par conséquent, de la délibération ⁽¹⁵⁾.

De la même façon, la clause compromissoire ne peut agir pour une contestation concernant une délibération qui décide une action sociale en responsabilité contre certains administrateurs, parce qu'elle s'oriente vers une procédure multipolaire ⁽¹⁶⁾.

Il en est de même pour un différend concernant le retrait ou l'exclusion d'un associé d'une société de personnes ⁽¹⁷⁾ entraînant à la dissolution de la société ou le libre des responsabilités illimités contractées, en supplément, envers la société.

4. – L'orientation du Tribunal de Milan dont nous avons parlé plus haut, semble avoir été faite récemment par le législateur avec la loi de délégation du 3.10.2001 n° 366 sur la réforme du Droit des sociétés. Elle étend démesurément la possibilité des clauses compromissoires d'arbitrage aux différends en Droit des sociétés.

A l'article 12, troisième alinéa, la loi affirme : «le gouvernement peut, par ailleurs, prévoir la possibilité que les statuts des sociétés commerciales contiennent des clauses compromissoires, même en érogation aux art. 806, 808 c.p.c., pour tous ou certains des différends en Droit des sociétés

G.E. COLOMBO, *Bilancio di esercizio e consolidato*, Traité Società, VII, Turin 1991, p. 57 et suivantes; COTTINO, *Le società*, Padoue 1999, p. 486 et 487, en jurisprudence Cass., Ass. plén. 21 février 2000 dans *Giur. It.* 2000, 1, 2, 1210 et suivantes; Cass. Civ. 10 octobre 1962 n° 2910 ; Trib. Padoue 18 décembre 1986 *Società* 1986, 1092.

(12) Trib. Pescara, 17 novembre 1992 *Società* 1993, 528, Trib. Ascoli Piceno 4 octobre 1993, *ibidem*.

(13) C. Appel Milan, 11 février 1997, *Società* 1997, 1149 ; Trib. Pavie 7 décembre 1987, *Società* 1988, 280 ; Trib. Vicence 7 octobre 1982, *Società* 1983, 1888.

(14) MARULLI, *Impugnazione di delibere per vizi di forma e competenza degli arbitri*, dans *Società* 1993, 356, DE FERRA, *op. cit.*, p. 189, JAEGGER, *op. cit.*, 124.

(15) G. VALCAVI la *Riv. Dir. Fall.* 2001, p. 88 et suivantes.

(16) Cass. Civ. février 1988 n° 1739 in *Società* 1988, p. 476 et suivantes; Cass. Civ. 15 avril 1988 n° 2983 parmi tant d'autres.

(17) Cass. Civ. 3 août 1988 n° 7814, *Società* 1988 - 1135; Trib. Trieste 12 décembre 1990 *Società* 1991, p. 818 ; Trib. Rome 26 mars 1994 dans *Riv. Arbitrato* 1995, p. 457.

prévus au premier alinéa. Si le litige concerne des questions qui ne peuvent pas faire l'objet d'une transaction, la clause compromissoire devra se référer à un arbitrage en droit, en excluant le jugement d'équité et cet arbitrage pourra aussi être contesté aussi pour violation de la loi.

Une réforme hâtive et aussi radicale de la réglementation existante en la matière, suscite de grandes perplexités sur la question de savoir si elle répond à l'intérêt public de l'économie du pays.

Le recours à la justice alternative dans les sociétés de capitaux ou de personnes, augmente de façon démesurée les coûts et les avances nécessaires pour instaurer une procédure et, en tant que telle, privilégie les actionnaires qui ont des intérêts importants, alors qu'elle n'offre pas aux autres (surtout aux plus petits actionnaires) les garanties d'impartialité nécessaire et un arbitrage exécutif, comme c'est le cas, par exemple, des arbitrages informels.

En dépit des recommandations des organes des chambres de commerce, les arbitrages constituent encore aujourd'hui un phénomène d'élite, qui n'est pas toujours rentré dans la pratique des contrats économiques entre producteurs.

La classe des professionnels, d'où les arbitres sont issus est peu nombreuse et tourne le plus souvent autour des mêmes personnes qui s'alternent entre un arbitrage et un autre.

Actuellement, les clauses compromissoires se traduisent dans la prévision de formes de protection s'appuyant souvent sur les groupes et les administrateurs qui contrôlent la société et dont l'influence est accentuée.

Les délais généralement limités, d'un arbitrage laissent peu d'espace pour la recherche de preuves et de décisions approfondies, si bien qu'entre l'urgence de décider et la préoccupation de l'échéance des délais accordés aux parties, la pratique conduit à des jugements sommaires et confirme que «vite et bien ne convient pas».

Cela explique la faible préférence de nos associés et actionnaires envers ce type de justice et explique pourquoi ces clauses finissent par démotiver les choix des investisseurs dans le capital d'une société.

La loi de délégation prévoit, par ailleurs, des clauses compromissoires d'arbitrages informels jugeant en droit, en les étendant aux différends qui ont pour objet des droits qui ne peuvent pas faire l'objet d'une transaction, et ceci représente une limite importante à la contestation générale des délibérations dans les sociétés.

Ces prévisions réglementaires, associées aux récentes réformes des limites des faux dans le bilan, passible de poursuites par une partie et soumis à une prescription réduite, ne recommandent certainement pas nos sociétés aux investisseurs de capitaux dans un marché financier globalisé.

Il reste ensuite le problème presque insoluble de réduire au schéma «binaire» un différend avec plusieurs parties, comme c'est le cas d'une société.

Les litiges qui voient l'implication de la société, comme pôle autonome d'intérêts, présents ou potentiels, et de nombreux associés et actionnaires non porteurs d'intérêts homogènes et opposés ou qui choisissent des arbitres de confiance différents, sont «multipolaires» et ne peuvent pas être réduits au schéma bipolaire.

Ainsi se présentent, parmi tant d'autres, comme nous l'avons dit, les contestations en matière de scission, d'incorporation, les budgets, la révocation des administrateurs, et les actions en responsabilité contre ces derniers, intentées par les assemblées des sociétés ou individuellement par les associés, en subrogation de la société.

La clause compromissoire, ne peut pas fonctionner dans une hypothèse de ce genre.