

Chroniques

PROCÉDURE ARBITRALE

L'ARBITRAGE ET L'EFFICACITÉ DE LA GARANTIE DE PASSIF

PAR BERTRAND MOREAU*

“L'arbitrage est l'institution par laquelle les parties confient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leur litige⁽¹⁾”.

L'arbitrage permet ainsi en premier lieu aux parties de désigner des arbitres spécialisés à la matière concernée, arbitres en lesquels elles ont confiance. Si la procédure d'arbitrage est bien organisée et encadrée, elle fournit aux parties un mode de résolution des litiges souple, confidentiel, et souvent plus rapide.

Dans un monde d'affaires de plus en plus transnational, la facilité d'exécution des sentences arbitrales rendues dans un pays étranger grâce à la Convention de New-York de 1958, présente un avantage non négligeable, même par rapport à la Convention de Lugano.

Tous ces avantages se révèlent très adaptés à la matière complexe, sensible et vivante des garanties de passif.

Bien que les audits industriels, juridiques, comptables, fiscaux ou environnementaux se soient multipliés pour toute cession d'entreprise, ils ne peuvent parfois constituer un filtre suffisant pour les cessionnaires déçus ou les cédants trop confiants.

Les recours légaux (dol, erreur (articles 1109 et suivants du Code civil), vice caché (article 1641 du Code civil), garantie d'éviction (article 1626 du Code civil) ou du fait personnel du vendeur (article 1628 du Code Civil)) se sont avérés très insuffisants du fait des exigences propres à leur mise en œuvre⁽²⁾, en sorte que depuis très longtemps, la pratique a suscité la signature par les parties au contrat de cession, de conventions dites de “*garantie de passif*” dans une acceptation large

* Bertrand Moreau est avocat au Barreau de Paris et président honoraire du Comité français de l'arbitrage.

du terme, auquel s'ajoute généralement aujourd'hui, à l'instigation de nos voisins anglo-saxons, des "déclarations" certifiées par les cédants propres à définir exactement le contenu de l'actif et du passif de la société cible.

La "garantie de passif" dont l'objet est d'assurer l'indemnisation en cas d'inexactitude de la consistance de l'actif et/ou du passif, n'est pas un concept uniforme car il faut distinguer, on le sait, la garantie de reconstitution qui bénéficie en principe à la société cible et/ou ses créanciers, de la garantie de valeur qui est souscrite en principe en faveur des acquéreurs. Elles obéissent les unes et les autres à leur logique propre, mais la matière étant purement contractuelle, les parties déterminent librement l'étendue de la garantie, dont il résultera des conséquences parfois délicates à déterminer, ne serait-ce qu'au plan fiscal, au point que les litiges sont fréquents, faute d'une rédaction suffisamment précise, alors que dans le doute la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation (article 1162 du Code civil), à l'inverse par conséquent du but poursuivi par la garantie⁽³⁾.

Pour des raisons fiscales appartenant au passé depuis le plafonnement des droits de cession, les praticiens avaient pris l'habitude d'insérer une clause compromissoire dans ces conventions de façon à éviter si possible des procédures judiciaires génératrices de droits d'enregistrement par la révélation qui en résultait de l'acte de cession intervenu. Cette pratique s'est poursuivie malgré la disparition de l'incitation fiscale au point que les litiges en matière de garantie de passif s'avèrent les plus nombreux à être soumis à l'arbitrage parce qu'il permet de choisir des juges spécialisés qui statueront dans le cadre d'une procédure adaptée et confidentielle.

Mais l'articulation de la clause de garantie avec la clause compromissoire nécessite une réflexion préalable, sous peine d'engendrer de véritables difficultés de mise en œuvre de la procédure arbitrale.

Pendant cette phase contractuelle, les parties doivent parvenir à une rédaction adaptée des clauses (I), et en prévision de la phase litigieuse, ont probablement intérêt, sauf les cas les plus simples, à recourir à un arbitrage institutionnel susceptible de garantir une procédure efficace et donc une bonne exécution de la sentence (II).

I – La phase contractuelle

La clause compromissoire s'insère dans une convention de garantie de passif pour en permettre la mise en œuvre en cas de survenance d'un litige que les parties ne sont pas parvenues de résoudre à l'amiable. Mais encore faut-il que l'une et l'autre des conventions s'articulent parfaitement car une fois le litige né, il est évident que les intérêts des parties seront divergents et qu'il ne sera plus temps de compter sur la mansuétude de son contradictoire.

C'est donc au moment de la conception des conventions qu'il convient de penser à cette articulation aussi bien dans leur coexistence que dans leur

rédaction tout en rappelant que si chacune peut receler ses vices propres, ceux de la garantie de passif n'affecteront pas la clause compromissoire qui a une parfaite autonomie par rapport à la convention qui la contient. Affirmée en premier lieu en matière internationale⁽⁴⁾, l'autonomie ou l'indépendance de la clause compromissoire est reconnue aujourd'hui en matière interne⁽⁵⁾, en sorte qu'aucune partie ne pourrait prétendre que la clause compromissoire est nulle ou inapplicable parce que la convention de garantie qui la contient serait elle-même nulle ou caduque.

Ainsi les garanties voient souvent leur application limitée dans le temps si bien qu'à l'arrivée du terme, le garant peut prétendre ne plus être tenu par la convention ; il ne pourra cependant échapper à l'application de la clause compromissoire si sa garantie est mise en jeu, même à tort selon lui. Réciproquement d'ailleurs, si la clause compromissoire est nulle pour un motif qui lui est propre, elle sera seulement réputée non écrite et sa nullité n'affectera pas la garantie (article 1446 NCPC).

A - La clause compromissoire

Sauf défaut de capacité, vice du consentement ou matière inarbitrable, ce qui en matière de garantie de passif est pour le moins improbable, la nullité de la clause compromissoire ne sera possible que si elle ne désigne pas les arbitres ou ne spécifie pas les modalités de leur désignation (article 1442 NCPC), étant précisé que le tribunal arbitral doit être constitué d'un seul arbitre ou d'arbitres en nombre impair (article 1453 NCPC).

La plupart des clauses compromissoires prévoient un tribunal arbitral composé de trois arbitres, chaque partie désignant "le sien", selon une habitude d'expression qui dénature la mission de l'arbitre mais est révélateur d'un état d'esprit, les deux arbitres ainsi désignés nommant le troisième. Et le piège est ainsi tendu.

Il est rare en effet de rencontrer une cession d'entreprises et une convention de garantie qui ne mette en jeu qu'un seul cédant et un seul cessionnaire. Les associés cédants sont eux-mêmes divisés en associés majoritaires et associés minoritaires, dont les intérêts peuvent être différents, à tout le moins en terme de garantie. Chacun peut-il nommer un arbitre ? (1).

Dans le cadre d'une garantie de reconstitution, la société cible ou les créanciers, non partie à la convention de garantie, mais qui en sont les bénéficiaires, voudront intervenir dans le litige. Le peuvent-ils devant les arbitres prévus ? (2).

En cas de cession des actions par le cessionnaire originaire, la clause compromissoire comme la garantie de passif peuvent-elles être invoquées par le nouveau cessionnaire ? (3).

1 - L'arbitrage multipartite

La garantie peut avoir une portée différente selon les cédants, les uns étant garants, les autres non, ou pour un plafond limité, avec ou sans solidarité. La pratique à cet égard révèle une diversité de situations toutes connues parce que discutées au jour de la rédaction de la garantie et donc de la stipulation de la clause compromissoire, qui doit en tenir compte.

On voit aussi le contrat de cession comporter une clause compromissoire reprise dans la garantie de passif, en sorte que tous les cédants sont concernés. Mais si certains cédants sont seuls garants (les majoritaires, par exemple), l'arbitrage contre les minoritaires ne pourra être fondé sur la garantie de passif, mais seulement sur les recours légaux, d'où divergence d'intérêts. S'il n'existe pas de clause compromissoire dans le contrat de cession mais seulement dans la garantie de passif, aucun arbitrage ne pourra avoir lieu contre les minoritaires non signataires de la garantie, en sorte qu'un double contentieux devra être organisé. Il suffit d'y penser au moment de la rédaction des clauses pour qu'elles s'articulent.

La désignation des arbitres par les parties lorsqu'elles sont multiples, soulève une des questions qu'il faut avoir à l'esprit pour éviter l'écueil né d'un arrêt de la Cour de cassation qui a affirmé le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres avant la naissance du litige ⁽⁶⁾.

Une clause prévoyait que *“tous différends seront tranchés conformément au règlement de la CCI par trois arbitres nommés conformément à ce règlement”*. Or le contrat avait été signé par trois parties (un maître d'ouvrage et deux entrepreneurs) et le maître d'ouvrage a initié une procédure d'arbitrage contre les deux entrepreneurs. Conformément au règlement de la CCI, il a désigné un arbitre.

Chacun des entrepreneurs a voulu désigner *“son arbitre”*, mais le règlement de la CCI ne le prévoyait pas, en sorte que la CCI a demandé aux deux entrepreneurs défendeurs de désigner un arbitre commun pour qu'ensuite le président du tribunal arbitral puisse être désigné conformément à son règlement. Les deux entrepreneurs l'ont fait mais avec réserve sur cette obligation de désignation conjointe. Une fois la sentence rendue, les entrepreneurs ont demandé la nullité de la sentence arbitrale invoquant la violation de leur droit fondamental à désigner chacun un arbitre, ce qu'a admis la Cour de cassation en déclarant que *“le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public et on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige”*.

Depuis lors tous les Centres d'arbitrage actifs ont introduit dans leur règlement un article selon lequel en cas d'arbitrage multipartite et à défaut d'accord entre les parties sur la désignation des arbitres, c'est le centre d'arbitrage qui nomme tous les arbitres. Or les parties aiment choisir *“leur arbitre”* en qui elles ont confiance et c'est d'ailleurs l'une des raisons du succès de l'arbitrage et de l'exécution volontaire des sentences, en sorte que la plupart du temps, la menace d'une désignation collective par le centre les conduit à s'entendre sur le choix des arbitres.

En l'absence de Centre d'arbitrage et de règlement approprié, la situation est-elle bloquée ? On peut le craindre si les parties ne l'ont pas prévu par la rédaction de leur convention, car le président du tribunal de grande instance ou de commerce, habilité par l'article 1444 du NCPC à intervenir en cas de difficultés pour la constitution du tribunal, hésitera certainement, faute de disposition contractuelle, à imposer la nomination d'un arbitre unique ou de tous les arbitres⁽⁷⁾.

Certes l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1992 a été critiqué non en ce qu'il affirme le principe d'égalité des parties, mais en ce qu'il l'affirme pour la désignation des arbitres, alors que par ailleurs la nomination judiciaire par un Centre d'arbitrage coexiste avec la nomination directe, et surtout en ce qu'il interdit la renonciation avant la naissance du litige qui n'a aucune justification profonde⁽⁸⁾.

Au niveau d'une clause compromissoire semblable à celle ci-dessus décrite pour un arbitrage multipartite, il n'en résulte pas une nullité de la clause car toutes les parties ne sont pas nécessairement concernées par le litige qui survient. En tout cas son caractère insuffisant est manifeste et c'est ce que la cour d'appel d'Aix-en-Provence a affirmé avec pour conséquence la neutralisation de la clause d'arbitrage. Le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris dans son ordonnance du 29 octobre 1997 est allé plus loin pour déjouer les éventuelles manœuvres dilatoires dans une espèce il est vrai particulière ; il a laissé au tribunal arbitral constitué le soin de statuer sur sa compétence et de dire *“si les différentes sociétés au nom desquelles ont prétendu agir les signataires de la clause, peuvent se voir opposer celle-ci”*.

La Cour de Paris dans un arrêt du 10 octobre 2002⁽⁹⁾ a validé en fait la solution que la pratique avait trouvé ensuite de l'arrêt Dutco pour la rédaction des conventions de garantie en déclarant *“la désignation d'un seul arbitre pour deux parties dont le sort est lié, ayant signé la convention indivisément et solidairement et n'ayant pas d'intérêt divergent ne constitue pas une rupture d'égalité des parties”*.

Il convient par conséquent de le prévoir dans la convention de garantie en inventoriant les parties et en déterminant lesquelles ont un sort lié, ou distinct, notamment en prévision du choix des arbitres.

2 - Le bénéficiaire de la garantie

Il n'est pas toujours signataire de la convention de garantie lorsque celle-ci constitue une garantie de reconstitution dont le cessionnaire est le signataire mais qui a pour objet d'indemniser la société cible de toute augmentation de passif ou diminution d'actif.

Il n'est pas ici question de savoir si le cessionnaire est fondé à demander cette indemnisation pour lui⁽¹⁰⁾, mais d'affirmer en tout cas que signataire de la clause compromissoire incluse à la garantie, il est recevable à la mettre en œuvre comme le bénéficiaire s'il a participé à l'acte.

Le bénéficiaire non signataire le peut-il ?

Il a été reconnu à la société cible, voire aux créanciers, le bénéfice d'une stipulation pour autrui⁽¹¹⁾, en vertu de laquelle elle dispose d'un droit direct et propre à réclamer le bénéfice de la garantie. La délégation qui suppose l'agrément du délégué, lequel peut résulter d'un acte distinct pose le même problème d'une façon différente.

Il a été dit que la convention d'arbitrage "*suscite à la fois des droits et des obligations*"⁽¹²⁾, alors que la stipulation pour autrui ne crée que des droits, en sorte que le bénéficiaire pourrait revendiquer la mise en œuvre de la clause compromissoire s'il le souhaite, mais qu'elle ne pourrait lui être opposée. La distinction est subtile⁽¹³⁾ et la rédaction de la convention de garantie aura assurément intérêt à anticiper toute discussion à ce sujet.⁽¹⁴⁾

3 - Le sort de la clause compromissoire et la cession de la garantie

Mais qu'en est-il si le cessionnaire a revendu ses actions ? Le second cessionnaire peut-il se prévaloir non seulement de la garantie conférée à son cédant, et la société cible peut-elle encore en bénéficier, et chacun faire état de la clause compromissoire incluse à la convention de garantie originaire ?

Dans le cadre d'une clause de garantie de reconstitution, la jurisprudence a pu dire que la perte de la qualité d'actionnaire fait perdre au cédant le bénéfice de la garantie, sauf clause contraire qu'il convient donc de prévoir⁽¹⁵⁾, mais cette solution est discutée par la doctrine⁽¹⁶⁾. Quant à la clause compromissoire, elle subira nécessairement le même sort.

Pour ce qui concerne la garantie de valeur, stipulée au profit du cessionnaire, son ayant-cause, bénéficiaire des accessoires de la cession, peut normalement l'invoquer⁽¹⁷⁾, comme le bénéficiaire peut continuer à le faire lui-même comme l'affirme la cour d'appel de Paris⁽¹⁸⁾ et la clause compromissoire incluse au contrat en suivra l'application.

Dans tous les cas cependant, il est conseillé de signifier (article 1690 du Code civil) la cession intervenue au garant initial avant la mise en œuvre de la garantie.

On a déjà perçu l'imbrication nécessaire des clauses pour donner pleine efficacité à la garantie de passif telle que les parties l'ont voulue, et le devoir de conseil du rédacteur des actes ne doit pas être minimisé, sauf à mettre en péril la rapidité et l'efficacité de la procédure d'arbitrage, et même en annonçant l'échec programmé.

B - La convention de garantie

Jusqu'à présent cependant la réflexion ne concernait que la mise en œuvre des garanties, mais il convient encore de prendre garde à la structure de la garantie de passif qui parfois recèle en fait une détermination de prix avec les conséquences qui s'y attachent.

On sait que la vente pour être parfaite exige un prix déterminé ou déterminable, et que cette détermination peut être laissée à un tiers (articles 1592 du Code civil – 1843.4 du Code civil). Si une clause de révision de prix ne fixe pas avec certitude les modalités du calcul du prix, le prix ne pourra être fixé qu'à dire d'expert.

Or une clause de garantie de valeur, dite clause de réduction de prix, peut ressembler à une clause de révision du prix, bien qu'elle se situe dans une phase distincte du processus contractuel, puisqu'elle garantit les conséquences de l'augmentation du passif ou de la diminution de l'actif, ou de la variation négative de la situation nette, qui seront prises en considération pour le paiement du prix par le jeu de la compensation.

Le prix déterminé au moment de la cession demeure déterminé ou déterminable et seule l'obligation de payer est concernée.

Mais l'ajustement du prix peut dépendre du montant des provisions constituées ou de la valeur des stocks et dès lors si un litige survient à leur propos, c'est la constitution du prix qui est en cause avec intervention obligatoire de l'expert⁽¹⁹⁾.

En cas de litige concernant une garantie de valeur, une situation conflictuelle entre arbitrage et expertise peut se révéler. La distinction entre ces deux notions est bien établie et décrite⁽²⁰⁾. En théorie, l'expertise est une procédure de formation du contrat qui ne donne à l'expert que le pouvoir de déterminer le prix des actions ou des parts sociales. En revanche, la clause compromissoire prévoit une procédure de règlement définitif des litiges concernant ce contrat, ce qui a pour effet de conférer à l'arbitre un pouvoir plus étendu. Il s'agit de deux notions distinctes qui ne sont pas nécessairement incompatibles⁽²¹⁾. Bien que ces deux procédures se situent sur des registres juridiques différents, les frontières entre les deux ne sont pas toujours claires et ont de plus tendance à s'évanouir :

“L'acceptation large du litige doit entraîner la qualification d'arbitrage dans toutes les hypothèses où les parties sont en désaccord certain sur le prix de cession des droits sociaux, où il existe un contexte litigieux, et qu'elles entendent faire fixer par un tiers... ce partage répond à des considérations pratiques et de bon sens : les parties qui, en litige sur un prix de cession, prévoient le recours à l'arbitrage entendent mettre fin le plus rapidement possible et de façon définitive à leur différend. L'arbitrage offre ces garanties”⁽²²⁾.

En doctrine et en jurisprudence, la tendance était de privilégier l'arbitrage ainsi qu'on le note dans cette décision du tribunal de grande instance de Paris :

“Le différend constitue un litige dès lors qu'il affecte non pas uniquement le calcul mathématique d'une situation comptable, mais aussi la détermination de certains éléments”⁽²³⁾.

Pour le Professeur Charles Jarrosson qui a commenté cette décision, il convient d'admettre une attraction par le litige de tous les problèmes annexes, y compris la détermination du prix.

Mais la cour de Paris, le 21 mai 1996 a déclaré :

“Dans tous les cas où sont prévus la cession de droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur est déterminée par un expert ... cette règle ne saurait être éludée en matière d'arbitrage, l'arbitre étant entièrement assimilé à une juridiction⁽²⁴⁾”.

Un avocat voulait quitter une société civile professionnelle sans qu'un accord soit intervenu sur les conséquences financières de son retrait. Le litige fut soumis à l'arbitrage du Bâtonnier dont le délégataire, entre autres questions, avait évalué la valeur des parts cédées. Cette décision a été frappée d'appel et la cour, après avoir invité les parties à faire valoir leurs observations sur la contrariété à l'ordre public de cette décision, a désigné un expert.

Cette distinction a encore été renforcée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 juin 1996⁽²⁵⁾. En l'espèce, les parties avaient prévu une clause compromissoire et une clause d'expertise et les arbitres avaient tranché la question de la déterminabilité et la validité du prix. La cour d'appel a confirmé la compétence des arbitres pour régler de telles questions. Bien que la détermination du prix soit en effet soumise à expert, tous les litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'exécution du contrat, sont soumis aux arbitres du fait de la clause compromissoire, y compris la question de la déterminabilité du prix. L'impossibilité pour l'expert d'agir en dehors de ses compétences très limitées était aussi confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2003 :

“En modifiant le sens de la mission qui lui était confiée et en sortant du cadre juridique qui en était le fondement, l'expert avait commis une erreur grossière⁽²⁶⁾”.

Cette situation claire a cependant évolué puisque la cour d'appel de Paris a énoncé le 17 septembre 2004 :

“Considérant que la nature de cette mission (d'expertise), qui tend à obtenir dans les meilleurs délais la détermination d'un prix conditionnant la validité même de la vente, emporte pouvoir de ce tiers expert d'appliquer le contrat et, sauf exclusion claire et précise, de donner, nonobstant toute saisine du juge judiciaire, de fait incompatible avec la célérité requise, leur sens aux clauses de ce dernier dans la mesure où elles se rattachent à la mission qui lui est confiée sauf à priver de tout intérêt la mission ainsi confiée⁽²⁷⁾”.

Il s'agissait en l'espèce d'une cession d'entreprise pour un prix dont le montant pouvait être diminué ou augmenté de la valeur de la dette financière cumulée au 31 décembre d'un exercice. En cas de désaccord sur le montant, la désignation d'un tiers expert était prévue. Un désaccord étant survenu, les vendeurs soutenaient que le tiers expert n'était pas compétent pour statuer sur les questions non comptables soulevées et contrairement à la décision du tribunal de grande instance de Paris, la cour d'appel a estimé l'expert compétent pour interpréter les clauses du contrat relatives à cette détermination du prix.

Ainsi confrontés avec une clause d'expertise pour la détermination du prix, les arbitres doivent la respecter ; non seulement ils ne peuvent pas déterminer

eux-mêmes le prix de cession, mais ils doivent en outre attendre la désignation de l'expert et que celui-ci ait procédé à sa mission, alors qu'avec le pouvoir qui lui est reconnu d'interpréter les conventions, les risques de conflit avec le pouvoir juridictionnel des arbitres sont importants. L'efficacité de l'arbitrage n'en sortira renforcée que si les arbitres encadrent la mission d'expertise avec suffisamment de précision pour éviter des chevauchements et des délais générateurs de difficultés ou de coût supplémentaire.

Pour ces problèmes aussi, le rédacteur des conventions doit être conscient des limites qu'il convient de respecter, et pour ce faire doit s'attacher à exprimer clairement, non seulement la volonté des parties mais aussi éviter dans la rédaction tout ce qui peut engendrer une confusion entre la phase de fixation de prix et de paiement de celui-ci- ou chaque mot pèse : réduction de prix n'équivaut pas à réfaction, ni remboursement de prix à minoration du prix.

C'est au prix de cette vigilance que l'arbitrage constituera le bon outil pour résoudre les litiges en matière de garantie de passif car les avantages qu'il procure sont assurément intéressants au point de le faire préférer à la solution judiciaire lorsque cela est possible.

II – La phase litigieuse

Elle s'ouvre avec la nomination des arbitres et la présente réflexion ne retiendra la nécessité de leur évidente indépendance et impartialité que par ce qu'elles renforcent la confiance conférée au tribunal arbitral, indispensable pour la bonne exécution de la sentence.

La matière des garanties de passif donne lieu à un contentieux complexe qui demande aux arbitres une connaissance et une expertise approfondie des aspects juridiques, comptables et, fiscaux en question, et l'arbitrage permet la constitution de juridictions ainsi spécialisées qui disposeront de moyens procéduraux souples et d'autant plus efficaces (A). S'ajoute à cet avantage indiscutable le respect d'une confidentialité dont tous les opérateurs sont conscients au point qu'il convient peut-être aujourd'hui de lui donner un cadre contractuel (B).

A - Le choix de l'arbitrage

1 - Les arbitres

C'est avant tout la possibilité de soumettre le litige à des arbitres spécialisés qui favorise le recours à l'arbitrage, même si certaines juridictions consulaires ou civiles sont d'une compétence indiscutable en la matière.

Les matières en cause par leur spécificité justifient cependant la préférence donnée à des praticiens de la fiscalité, du droit ou de la comptabilité, sans que

cette liste soit limitative. La garantie de passif est en effet une création de la pratique et dès lors s'adapte à chaque situation. Ainsi on a vu se créer des garanties de passif environnemental qui mettent en jeu ce droit spécifique, mais aussi le droit administratif, comme le démontre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 mars 2004⁽²⁸⁾. Il en est d'autant plus ainsi que les trois arbitres généralement désignés (voire cinq dans des hypothèses complexes) n'auront à l'être qu'après la naissance du litige alors que les composantes en sont connues et que la compétence des arbitres pourra ainsi être déterminée avec certitude.

A ce sujet, qu'il soit permis de souligner que la nomination du premier arbitre par la partie demanderesse fige souvent le niveau de compétence, de disponibilité, de coût de l'arbitrage, car au choix d'un juriste par exemple, correspondra presque toujours le choix d'un autre juriste pour ne pas être prétendument en situation d'infériorité et ce qui conduira au choix d'un président également juriste, ce qui peut empêcher l'arbitrage de remplir le rôle qu'en attendent les parties et la matière.

2 - La durée de l'arbitrage

Elle peut ne pas être moindre que celle d'un litige devant un tribunal de l'ordre judiciaire, civil ou commercial, mais si les parties l'ont ainsi voulu, il n'y aura pas de second degré de juridiction et c'est l'habitude, car si l'on a choisi l'arbitrage, c'est pour être jugé par ceux qui ont la confiance des parties et qui de surcroît sont spécialisés, en sorte que le droit d'appel n'a plus de signification.

De même et selon la composition du tribunal arbitral en fonction des questions à résoudre, une expertise ne s'avèrera pas indispensable comme elle l'aurait été autrement, sauf pour ce qui concerne la détermination du prix.

L'économie de temps peut s'avérer ainsi très importante alors que parfois le paiement du prix de cession est prévu à échéance, ou que des sommes demeurent séquestrées ou bloquées jusqu'à l'épuisement de la garantie.

Les parties attendent cet avantage de l'arbitrage et le tribunal arbitral et notamment son président en sont conscients, sauf exception regrettable que peut justifier la nature du différend. Le délai légal de six mois sauf prorogation conventionnelle ou judiciaire permet en tout cas aux parties de faire entendre leur voix et les règlements d'arbitrage permettent aussi aux centres d'arbitrage de manifester l'importance de l'impératif de rapidité.

Il faut aussi prendre en considération le fait que certains centres d'arbitrage ont prévu des procédures d'urgence qui permettent d'obtenir très rapidement des mesures de sauvegarde, par exemple. Le règlement de l'Association Française d'Arbitrage, particulièrement adapté à ce sujet, a permis à plusieurs reprises de satisfaire à un besoin spécifique de cette nature.

Euroarbitrage met à disposition des parties, outre une procédure accélérée, notamment pour les petits litiges, un tribunal arbitral permanent qui peut être immédiatement saisi, ce qui dans certains cas peut présenter un avantage évident, notamment pour les arbitrages multipartites⁽²⁹⁾.

3 - La souplesse de la procédure

Il est inutile d'insister sur cet avantage incomparable de l'arbitrage qui permet de faire profiter les parties d'une procédure sur mesure, exactement adaptée au litige tel qu'il se présente : audition de sachants, consultation, constatation, expertise si nécessaire ..., sous les seules exigences du respect du contradictoire et de l'égalité des parties.

Sans compter que l'autorité du tribunal arbitral, parce qu'il n'y a généralement pas de second degré, est suffisante pour que le contrat de procédure habituellement conclu soit respecté.

4 - Le coût de la procédure

Assurément l'accès aux tribunaux de l'ordre judiciaire est gratuit en France et si les parties acceptent de faire face aux honoraires des arbitres, c'est qu'elles en attendent la contrepartie en termes de confiance, de connaissance et disponibilité, d'approfondissement de leur litige, de rapidité de décision ou à tout le moins dans le meilleur délai, et de confidentialité.

Les parties qui choisissent un centre d'arbitrage savent exactement ce que leur coûtera la procédure, en sorte qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter d'honoraires imprévus. Les barèmes des centres d'arbitrage sont en effet assez précis pour permettre une appréciation qui sera selon les cas, fonction certes du nombre d'arbitres, mais aussi de la complexité du litige et des intérêts en jeu pour la plupart des centres, voire pour certains d'entre eux du temps consacré à l'arbitrage (Euroarbitrage).

B - La confidentialité

La confidentialité est un des atouts majeur de l'arbitrage et dans leur traité, les Professeurs Goldman, Fouchard et Gaillard écrivent à ce sujet :

“On admet généralement que la sentence, comme l'existence de la procédure arbitrale, a un caractère confidentiel. La confidentialité de la procédure et de la sentence elle-même est en effet l'un des avantages que les parties attendront de l'arbitrage”⁽³⁰⁾.

Pour Matthieu de Boisseson, *“une présomption de confidentialité s'attache à l'arbitrage commercial international”⁽³¹⁾.*

Cependant on peut s'interroger sur le fondement juridique de cette obligation, consacrée à plusieurs reprises par la jurisprudence.

La cour d'appel de Paris en 1986, a condamné une partie à des dommages et intérêts pour avoir violé ce principe de confidentialité au motif *“qu'il est en effet de la nature même de la procédure d'arbitrage d'assurer la meilleure discrétion pour le règlement des différends d'ordre privé, ainsi que les deux parties en étaient convenues”*⁽³²⁾.

Le tribunal de commerce de Paris en 1999, a pu dire : *“L'arbitrage, étant une procédure privée à caractère confidentiel, la voie de l'arbitrage, acceptée par les parties, doit éviter toute publicité du litige qui les oppose et de ses éventuelles conséquences et que sous réserve d'une obligation légale d'information, tout manquement à cette confidentialité par l'une des parties à la procédure d'arbitrage, est fautive”*⁽³³⁾.

Pourtant la Haute Cour d'Australie en 1995 a précisé : *“On ne peut affirmer qu'en Australie la confidentialité soit un atout essentiel d'un arbitrage privé imposant à chacune des parties l'obligation de non divulgation de la procédure d'arbitrage, ou des documents de l'information fournis au cours d'un arbitrage et en vue de celui-ci”*⁽³⁴⁾.

La Cour de Suède le 27 octobre 2000 a pu retenir : *“Prenant en considération tout ce qui précède, la Cour Suprême considère qu'une partie à une procédure d'arbitrage ne peut pas être considérée comme liée par une obligation de confidentialité, à moins que les parties n'aient conclu un accord sur ce point”*⁽³⁵⁾.

Ce qui paraissait aller de soi et correspondre à l'intérêt même des parties dans le cadre d'une procédure privée étant ainsi remis en cause, la réflexion a été abondante depuis lors⁽³⁶⁾ pour aboutir en dernier lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 janvier 2004 rendu en matière internationale, mais dont on ne voit pas que la solution puisse être différente en droit interne⁽³⁷⁾ : *“La société F. s'abstient de s'expliquer sur l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité dans le droit français de l'arbitrage international quelle que soit la nature de l'arbitrage et, le cas échéant, sur la renonciation à ce principe par les parties en considération du règlement applicable choisi par elles”*.

L'invitation à la création d'une disposition contractuelle est évidente et ainsi il appartient désormais aux parties de choisir un centre dont le règlement impose la confidentialité ou de le préciser elles-mêmes dans leur convention d'arbitrage, sans oublier qu'il peut être utile de prévoir l'objet de la confidentialité notamment au regard des documents qui pourraient être produits lors de la procédure et dont l'utilisation hors de l'arbitrage doit être envisagée comme une possibilité.

Conclusion

La mise en œuvre d'une garantie de passif par la liberté dont disposent les parties de la définir avec précision, peut donc s'allier avec une clause compromissoire à condition de veiller à leur articulation, sans oublier que pour l'arbitrage, la recherche de la simplicité conduit à l'efficacité.

A cet égard, les institutions d'arbitrage ne sont pas assez considérées comme un moyen de parvenir au meilleur résultat alors qu'elles apportent une sécurité accrue à l'arbitrage.

A l'exemple de la thèse de Madame Sophie Crépin sur "*Les sentence arbitrales devant le juge français*" (LGDJ 1995), une recherche sur les décisions rendues en matière d'arbitrage interne entre 1998 et juin 2004 publiées dans la Revue de l'arbitrage ou classées dans le fonds documentaire du Comité Français de l'Arbitrage, a permis d'établir que sur 76 décisions, 15 annulations étaient intervenues (5 pour composition irrégulière du tribunal arbitral, 4 pour non respect du contradictoire), mais qu'une seule annulation visait une sentence rendue par un centre d'arbitrage.

Les parties et leurs conseils surtout ne manqueront pas de tirer les conséquences de cette constatation dont il est vrai que le centre d'arbitrage par ses interventions pour la mise en place du tribunal arbitral, comme pour s'assurer du respect des délais ou du contradictoire, joue un rôle essentiel pour la sécurité de l'arbitrage et donc l'efficacité de la garantie de passif.

Notes :

- 1- M. de Boissesson. Le droit français de l'arbitrage interne et international, page 4, GLN, Editions Joly
- 2- Pour un exemple : CA Paris, 10 septembre 2004, Bulletin Joly, Soc. 2005 page 107
- 3- "Les garanties de passif", Hausmann et Torre, EFE.
- 4- Cass. 1^{re} Civ. 7 mai 1963 D. 1963.545, note J. Robert
- 5- Cass. 2^{me} Civ. 4 avril 2002, Com. 9 avril 2002, Rev. Arb. 2003.103, note P. Didier
- 6- Dutco, Cass. Civ., 1^{re}, 7 janvier 1992, Rev. Arb 1992, page 47, obs. P. Bellet.
- 7- CA Aix-en-Provence, 9 octobre 1997, Référé TGI Paris 29 octobre 1997, Rev. Arb 1998 page 383, note Jean-Louis Delvolvé.
- 8- Les principes directeurs du procès arbitral. Georges Bolard, Rev. Arb. 2004 page 530, Ch. Jarrosson, JDI 1992 page 734.
- 9- CA Paris, 10 octobre 2002, Rev. Arb. 2003 page 1277, note A. Lacabarats.
- 10- Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, J. Paillusseau, JCP éd. G, 2002 n° 1-112.
- 11- Cass. Com. 19 décembre 1989, Bull. Joly page 177 ; CA Paris, 22 février 1989, JCP 90 éd. E 15.677, obs. A. Viandier et JJ Caussain ; Arbitrage et garantie de Passif, A. Viandier, Rev. Arb. 1994 page 439 s..
- 12- JL Goutal, L'arbitrage et les tiers, Rev. Arb. 1988 page 447 et s.
- 13- Voir les débats, Rev. Arb. 1988 page 456.
- 14- Voir le récent article de C. Larroumet Rev. Arb. 2005 page 903.
- 15- Paris, 25 janvier 1994, Bull. Joly 1994 page 387, note A. Couret, confirmé par la Cour de cassation, 4 juin 1996, RJDA 1996 n° 1204.
- 16- P. Peyramaure, Transmission d'entreprise, 4^{me} éd. Dalloz 1999, page 1739.
- 17- Cass. Ass. Plé., 7 février 1986, JCP G 1986 II 20616, note Ph. Malinvaud.
- 18- CA Paris, 5 mars 2004, JCPE 2005, J 381, note FG Trébulle.
- 19- Voir notamment C. Freyria, Réflexion sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, JCP 1992 éd. E 146, spécialement n° 13 ; J. Paillusseau, Les droits du cédant d'actions garant de la situation financière de la société, Banque et Droit n° 37, septembre-octobre 1994 page 12 ; JP Bertrel, La garantie du passif dans les acquisitions de contrôle, RJDA IV/91 page 243, spécialement page 246.
- 20- B. Oppetit, Arbitrage contractuel et arbitrage juridictionnel, Rev. Arb. 1977 page 315.
- 21- C. Noblot, note sous CA Versailles, 4 mars 2004, JCP éd. G, février 2005 page 273.
- 22- J. Cohen, Arbitrage et sociétés, page 177.
- 23- TGI Paris, 5 octobre 1997, Rev. Arb. 1990.721, note Ch. Jarrosson.
- 24- CA Paris, 21 mai 1996, Rev. Arb. 1996.625, note A. Viandier ; voir aussi Cass. 1^{re} civ. 25 novembre 2003, Dalloz 2003 n° 44 ; voir cependant CA Paris, 22 mai 2001, Rev. Arb. 2001.613.
- 25- Rev. Arb. 1996.625, note A. Viandier, confirmée en cassation le 8 avril 1999, JCP éd. E 1999.1149, note A. Viandier.
- 26- Dalloz 2003 page 3053.
- 27- Bull. Joly Sociétés 2005 page 50, note N. Rontchevsky, et JCPE 2005 p. 136, note T. Bonneau
- 28- JCPE 2005 page 381, note FG. Trébulle.
- 29- Euroarbitrage vient aussi d'adapter un règlement pour la détermination du prix qui peut parfaitement s'articuler avec l'arbitrage lorsque des parties savent qu'un litige sur la valeur des actions ou parts cédées, risque de se produire à raison de la structure de l'acte de garantie convenu.
- 30- Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, page 186.
- 31- M. de Boissesson, Le droit français de l'arbitrage national et international, page 684, GLN Editions Joly.
- 32- Rev. Arb. 1986, page 583 et la note G. Flécheux.
- 33- Rev. Arb. 2003 page 189.
- 34- High Court of Australie, Esso c/ Plowman, 7 avril 1995, Rev. arb. 1996, page 539, note D. Kepliuk-Klinger.
- 35- Cour Suprême de Suède, 27 octobre 2000, Rev. Arb. 2001, page 821, note Sigvard Jarvin et Gregory Reid.
- 36- Vraies et fausses confidences ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage, J-L. Delvolvé, Rev. Arb. 1996, page 373.
- 37- Rev. Arb. 2004, page 647, note E. Loquin.