

ASA Bulletin



Association suisse de l'arbitrage
Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione svizzera per l'arbitrato
Swiss Arbitration Association

ASA Bulletin

Founder/Chair of the Advisory Board: Professor Pierre LALIVE

Editor: Matthias SCHERER

Members Editorial Board: Domitille BAIZEAU, Dr. Philipp HABEGGER,
Dr. Cesare JERMINI, Dr. Bernhard BERGER

Published by *Kluwer Law International*
P.O. Box 316
2400 AH Alphen aan den Rijn
The Netherlands

Sold and distributed in North, Central
and South America by *Aspen*
Publishers, Inc.

7201 McKinney Circle
Frederick, MD 21704
United States of America

Sold and distributed in all other countries
by *Turpin Distribution*

Pegasus Drive
Stratton Business Park, Biggleswade
Bedfordshire SG18 8TQ
United Kingdom

ISSN 1010-9153

© 2009, Association Suisse de l'Arbitrage
(in co-operation with Kluwer Law International, The Netherlands)

This journal should be cited as ASA Bull. 4/2009

The *ASA Bulletin* is published four times per year.
Subscription prices for 2010 [Volume 28, Numbers 1 through 4] including postage
and handling: EUR230/USD307/GBP169 (print)

This journal is also available online at www.kluwerlawonline.com.
Sample copies and other information are available at www.kluwerlaw.com.

For further information please contact our sales department
at +31 (0) 172 641562 or at sales@kluwerlaw.com.

For advertisement rates please contact our marketing department
at +31 (0) 172 641525 (Marina Dordic) or at marketing@kluwerlaw.com.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a
retrieval system, or transmitted in any form or by any means, mechanical,
photocopying, recording or otherwise, without prior written permission of the
publishers.

Permission to use this content must be obtained from the copyright owner.
Please apply to: Permissions Department, Wolters Kluwer Legal, 76 Ninth Avenue,
7th floor, New York, NY 10011, United States of America.
E-mail: permissions@kluwerlaw.com. Website: www.kluwerlaw.com.

Printed on acid-free paper

December 2009

No 4

**Association Suisse de l'Arbitrage
Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione Svizzera per l'Arbitrato
Swiss Arbitration Association**

Comité de l'ASA-SVS

ASA Committee

Président

Dr. Markus Wirth, Avocat (Zurich)

Chairman

Vice-Présidents

François Knoepfler, Professeur et avocat (Neuchâtel),
Michael E. Schneider, Avocat (Genève)

Vice Presidents

ASA Secrétariat

Secrétaire général

Dr. Rainer Füeg (Bâle)

ASA Secretariat

General Secretary

Membres

Rocco Bonzanigo, Avocat (Lugano), Robert Briner, Avocat (Genève),
François Dessemontet, Professeur (Lausanne), Elliott Geisinger, Avocat
(Genève), Dieter Gränicher, Avocat (Bâle), Claudia Kälin-Nauer, Avocate
(Zurich), Franz Kellerhals, Professeur et avocat (Bern), Bernhard F. Meyer,
Avocat (Zurich), Paolo Michele Patocchi, Avocat (Genève), Wolfgang Peter,
Avocat (Genève), Daniel Petitpierre (Bâle), Thomas Pletscher (Zurich), Klaus
Michael Sachs, Avocat (Munich), Pierre Tercier, Professeur (Fribourg), Pierre-
Yves Tschanz, Avocat (Genève), Daniel Wehrli, Avocat (Zurich)

Members

Présidents d'honneur

Pierre Lalive, Professeur et Avocat (Genève), Marc Blessing, Avocat (Zurich),
Pierre A. Karrer, Avocat (Zurich), Gabrielle Kaufmann-Kohler, Professeur et
Avocate (Genève)

Honorary Presidents

Vice-Présidents d'honneur

Claude Reymond, Professeur et Avocat (Lausanne),
Jean-François Poudret, Professeur (Lausanne)

Honorary Vice-Presidents

www.arbitration-ch.org

RÉDACTION DU BULLETIN

Fondateur du Bulletin ASA

Founder of the ASA Bulletin

Prof. Pierre Lalive

Conseil de direction

Advisory Board

Prof. Pierre Lalive

Prof. Piero Bernardini – Me Matthieu de Boissésou – Prof. Franz Kellerhals –
Prof. François Knoepfler – Prof. François Perret – Dr. Andreas Reiner –
Dr. Philippe Schweizer – Prof. Pierre Tercier – V.V. Veeder QC. –
Dr. Werner Wenger

Comité de rédaction

Editorial Board

Rédacteur/Editor
Matthias Scherer

Domitille Baizeau (Geneva) – Dr. Philipp Habegger (Zurich)
Dr. Cesare Jermini (Lugano) – Dr. Bernhard Berger (Bern)

Secrétaire de rédaction

Editorial Secretary

Angelika Kolb-Fichtler

Correspondance

Merci d'adresser toute correspondance concernant la rédaction du Bulletin, non pas au secrétariat de l'ASA à Bâle, mais à l'adresse suivante :

Correspondence

Please send all correspondence regarding the Bulletin to the following address rather than to the Secretariat of ASA in Basel:

Bulletin ASA

Prof. Pierre Lalive, Me Matthias Scherer

Rue de la Mairie 35, CP 6569, CH-1211 Genève 6

Tel: +41 22 319 87 00 – Fax: +41 22 319 87 60

Emails: plalive@lalive.ch & mscherer@lalive.ch

(For address changes please contact info@arbitration-ch.org/tel +41 61 270 6015)

Les clauses d'arbitrage statutaires en droit suisse

TETIANA BERSHEDA*

Introduction

A la lumière des incertitudes résultant de l'absence de jurisprudence bien établie en droit suisse et de l'utilisation encore peu fréquente en pratique des clauses compromissaires statutaires à l'heure actuelle, la présente contribution explore les possibilités de recourir à l'arbitrage comme mode de résolution de litiges issus de la vie des sociétés. Nous présenterons les fondements du recours à l'arbitrage en droit des sociétés (I). Nous démontrerons qu'il suffit de tenir compte des particularités du recours à l'arbitrage dans ce domaine pour remplir les conditions de la validité formelle de la convention d'arbitrage statutaire (II). Avant de conclure, nous procéderons à l'examen de la portée d'une telle clause d'arbitrage statutaire (III).

I. Les fondements du recours à l'arbitrage en droit des sociétés

L'arbitrage a une nature contractuelle. Cela explique les difficultés du recours à ce mode de résolution des litiges en droit des sociétés, où il est plus difficile d'établir la volonté de toutes les parties prenantes dans la société à se soumettre à l'arbitrage. A ce jour, l'arbitrage en droit des sociétés a démontré sa plus grande utilité pratique en matière de contrats de *joint ventures* soumis au régime de la société simple en droit suisse¹. Les litiges dans ce domaine ne se distinguent guère des litiges relevant des autres contrats commerciaux, car l'acte fondateur d'une *joint venture* constitue un contrat entre les associés, signé par chaque partie cocontractante. De même, les rapports des associés entre eux au sein d'une société en nom collectif et d'une société en commandite sont déterminés en première ligne par le contrat de société². La validité d'une clause d'arbitrage contenue dans un tel document de nature purement contractuelle ne soulève pas de problème particulier³. En revanche,

* Docteur en droit (Fribourg), LL.M. (Cambridge), Avocate au Barreau de Genève, Associée, Hornung Hovagemyan Avocats

¹ Le contrat de société simple (art. 530 CO) constitue une forme subsidiaire de société en droit suisse, applicable lorsqu'une société n'offre pas les caractéristiques distinctives de toutes les autres sociétés réglées par la loi.

² Cf. les art. 557 et 598 CO.

³ Pour la distinction entre les clauses d'arbitrage statutaires au sein des sociétés de personnes et celles au sein des sociétés de capitaux, cf. chapitre II.B.2 ci-dessous.

l'organisation des sociétés de capitaux – dont les formes les plus utilisées en Suisse sont la société à responsabilité limitée et la société anonyme – est régie par les statuts de la société. Les fondateurs peuvent insérer une clause d'arbitrage dans les statuts liant ainsi tous les associés ou actionnaires subséquents de la société, indépendamment de l'accord de ceux-ci de se soumettre à l'arbitrage. Cet accord doit être déduit implicitement de l'adhésion des nouveaux membres à la société.

L'arbitrage en droit des sociétés, perçu traditionnellement avec une certaine réticence, est devenu plus actuel ces dernières années⁴. Cette évolution n'est toutefois pas nouvelle: elle constitue plutôt un retour aux sources. En effet, au XIX^e siècle déjà le recours à l'arbitrage en droit des sociétés était reconnu en France et en Belgique. Tous les litiges entre actionnaires trouvant leur origine dans le fonctionnement de la société devaient être jugés par un tribunal arbitral. Cette règle a été supprimée en 1856 en France et en 1873 en Belgique. L'arbitrage n'était pourtant pas interdit mais uniquement rendu facultatif, le recours à ce mode de règlement des différends nécessitant dorénavant un accord des parties⁵.

Au niveau international, nous citerons les trois exemples suivants:

- L'OCDE traite de la résolution des litiges dans la vie des sociétés dans le cadre de ses Principes de gouvernement d'entreprise. Les mauvais standards de réglementation et d'exécution des décisions judiciaires constituent un obstacle de taille à la protection des actionnaires et à l'afflux des investissements étrangers sur les marchés émergents des pays en développement. Les difficultés d'exécution des décisions dans les pays tels que la Chine et la Russie ont privilégié le choix de l'arbitrage comme mode de résolution des litiges en droit des sociétés. Ainsi, la Division des affaires d'entreprises de l'OCDE a mis en place le programme « *Arbitration of Company Law Disputes* » (« *ACLD* ») dont le but est d'enclencher un dialogue politique sur le rôle de l'*ACLD* dans le gouvernement d'entreprise.

⁴ Le développement de l'arbitrage en droit des sociétés pourrait être comparé à celui de l'arbitrage en matière financière. Sur ce dernier sujet, cf. F. Fages/J. Rossi, Arbitrage en matière financière: nouvelles perspectives, in Les cahiers de l'arbitrage, A. Mourre (éd.), No. 2002/2, 1^{re} partie, p. 29 ss avec références notamment à P. Leboulanger, L'arbitrage des litiges relatifs aux opérations sur les marchés financiers, in Souveraineté étatique et marchés internationaux, Mélanges en l'honneur de P. Khan, Litec 2000, p. 545 ss; W. Park, Arbitration in Banking and Finance, Annual Review of Banking Law 1998, Vol. 17, 213.

⁵ B. Hanotiau, L'arbitrabilité, La Haye/Boston/Londres 2003, p. 156. Pour plus de références historiques, cf. O. Caprasse, Les sociétés et l'arbitrage, Bruxelles/Paris 2002, p. 145 ss.

- Aux Etats-Unis, plusieurs rapports d'experts ont souligné l'importance de l'arbitrage et ont recommandé d'octroyer aux actionnaires le droit de recourir à ce mode de résolution des litiges par le biais d'une modification des statuts de leur société⁶. Cela constitue un revirement par rapport à la prise de position de l'*US Securities and Exchange Commission (SEC)* en 1990⁷. Aux Etats-Unis, le recours à l'arbitrage au sein des sociétés cotées est principalement justifié par le désir de désamorcer les actions intentées par les actionnaires au nom de la société pour faire valoir le droit appartenant à celle-ci (« *derivative actions* »)⁸ et les *class actions* à l'américaine⁹.
- En Italie, une nouvelle loi a été introduite en 2003 permettant à toutes les sociétés, sauf celles cotées en bourse, de recourir à l'arbitrage dans leurs statuts pour les litiges entre les associés ou entre les associés et la société, ayant pour objet les droits laissés à la libre disposition des parties dans leurs relations avec la société¹⁰. En

⁶ Cf. « *Interim Report of the Committee on Capital Markets Regulation* » du 30 novembre 2006, disponible sur le site <http://www.capmksreg.org/pdfs/11.30Committee_Interim_ReportREV2.pdf>. Ce Rapport conclut comme suit: « *The Committee believes that the SEC could permit public companies to contract with their investors to provide for alternative procedures in securities litigations, including for arbitration (with or without class action procedures) or non-jury trials [...] The Commission should not force shareholders to accept the costs that go with class action securities litigation [...] With respect to IPOs, there could be a vote on amending the corporate charter and by-laws at the first shareholder meeting after the IPO [...] For existing companies, shareholders would be free to vote on alternative remedies at a properly called meeting* » (p. 109-112). Pour la critique, cf. J. Anderson, *Sharply Divided Reactions to Report on US Markets*, *New York Times*, 1^{er} décembre 2006. Cf. ég. le Rapport « *Sustaining New York's and US' Global Financial Services Leadership* » émis par *The City of New York Office of the Mayor et United States Senate* le 22 janvier 2007, disponible sur le site <www.nyc.gov/html/om/pdf/ny_report_final.pdf>; K. Scannell, *SEC Explores a Wider Role for Arbitration: Agency May Consider Letting Firms Head Off Lawsuits by Investors*, *Wall Street Journal*, 16 avril 2007; H. S. Scott, *Let Shareholders Decide How to Resolve Disputes*, *Financial Times*, 26 juillet 2007.

⁷ En 1990, la *SEC* a refusé l'insertion d'une clause d'arbitrage dans les statuts d'une société qui avait fait une demande d'enregistrement en vue d'une introduction en bourse, cf. « *Remarks of James R. Doty, General Counsel, Securities and Exchange Commission before the Annual Meeting of the United Shareholders Association, Washington D.C., September 17, 1990* » disponible sur le site <<http://www.sec.gov/news/speech/1990/091790doty.pdf>>, p. 7; C. W. Schneider, *Arbitration in Corporate Governance Documents: an Idea the SEC Refuses to Accelerate*, *Securities Disclosure* 1990, Vol. 4(5), 21; T. Riesenber, *Arbitration and Corporate Governance: a Reply to Carl Schneider*, *Insights* 1990, Vol. 4, 31.

⁸ Cf. J. A. Sanborn, *The Rise of « Shareholder Derivative Arbitration » in Public Corporations*, *Wake Forest Law Review* 1996, Vol. 31, 337.

⁹ P. Herzfeld, *Prudent Anticipation? The Arbitration of Public Company Shareholder Disputes*, *Arbitration International* 2008, Vol. 24 (2), 297, p. 299 s et 318 ss avec références citées.

¹⁰ L'art. 34 du *Decreto legislativo 17 gennaio 2003 No. 5. Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, No. 366*, modifié par le Décret du 6 février

outre, les statuts peuvent prévoir que la clause d'arbitrage couvre les litiges avec les administrateurs, liquidateurs ou réviseurs internes. Les litiges nécessitant l'intervention du procureur général sont expressément exclus du domaine arbitral. La loi italienne crée une règle spéciale concernant la désignation des membres du tribunal arbitral qui s'applique aux procédures basées sur une clause d'arbitrage statutaire. Les parties étant privées de la possibilité de choisir directement leurs arbitres, elles ne peuvent que désigner le nombre d'arbitres et le mode de désignation de ceux-ci dans la clause d'arbitrage. Le pouvoir de désigner les membres du tribunal arbitral doit être conféré à une personne externe à la société, sous peine de nullité. Si la personne ainsi désignée ne procède pas à la nomination des arbitres, cette tâche reviendra au Président du Tribunal du lieu où la société a son siège¹¹.

La pratique de l'utilisation des clauses compromissaires statutaires par les grandes sociétés cotées illustre l'importance croissante de l'arbitrage pour la résolution des conflits en droit des sociétés¹².

Lorsqu'une affaire présente des points de rattachement avec l'ordre juridique d'un pays en développement, les juges étatiques ont tendance à faire une interprétation extensive des règles légales impératives et restreindre la liberté contractuelle des parties. Malgré une clause d'élection de droit, les parties ne sont pas à l'abri de mauvaises surprises de la part des juges qui peuvent ignorer ce choix et appliquer leur propre droit en lieu et place du droit désigné par les parties. Ainsi, l'élément de la sécurité juridique inhérent à l'arbitrage international réduit les coûts de la transaction dans les pays émergents. Un investisseur étranger insistera en pratique sur l'insertion d'une clause d'élection de for, le plus probablement en faveur de son propre pays, ou d'une clause d'arbitrage. Entre ces deux solutions, le cocontractant local choisira logiquement le recours à l'arbitrage pour son caractère plus neutre,

2004, no. 37, Titre V, disponible en anglais en annexe à la contribution de P. Bernardini, Italy, Arbitration in Company Matters, International Handbook on Commercial Arbitration, J. Paulsson (éd.), suppl. 48, février 2007, disponible sur le site <www.kluwerarbitration.com>.

¹¹ Sur l'arbitrage en droit des sociétés en Italie après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi de 2003, cf. V. Sangiovanni, Some Critical Observations on the Italian Regulation of Company Arbitration, *The American Review of International Arbitration* 2006, Vol. 17, No. 2, 281 avec de nombreuses références citées en note de bas de page 2, p. 281; pour l'état de droit et la jurisprudence en Italie avant l'entrée en vigueur de la loi de 2003, cf. A. M. Bernini, Etat du droit et perspectives de réforme de l'arbitrage en matière de droit italien des sociétés, in *Les cahiers de l'arbitrage*, A. Mourre (éd.), No. 2002/2, 1^{re} partie, p. 39 ss avec références citées.

¹² Cf. par exemple les art. 143 ss des Statuts de la société Shell (« *Royal Dutch Shell plc* ») adoptés le 20 mai 2008 et dont la teneur correspond aux art. 152 ss de la version précédente des Statuts, adoptés le 17 mai et mis à jour le 18 juillet 2005.

nonobstant une certaine réticence liée aux coûts de l'arbitrage et la tendance à constituer le tribunal arbitral de membres provenant des pays développés. Toutefois, certains pays continuent à résister au recours à l'arbitrage comme mode de résolution des litiges final et obligatoire, en refusant de reconnaître le caractère arbitral des litiges tels que ceux mettant en jeu les droits des actionnaires ou nécessitant l'octroi de mesures provisionnelles, ou encore soulevant des questions de droit du travail en relation avec la responsabilité des organes de la société¹³.

II. La validité formelle de la clause d'arbitrage statutaire

Une clause d'arbitrage doit satisfaire à un certain nombre d'exigences de forme pour que l'accord des parties de se soumettre à l'arbitrage soit par la suite reconnu comme valable. Les instruments internationaux en matière d'arbitrage ont traditionnellement posé une exigence stricte du respect de la forme écrite conçue pour protéger les parties d'une renonciation à la légère à leur juge naturel au profit des arbitres. L'assouplissement de l'exigence de la forme écrite a été soutenu par la doctrine la plus autorisée¹⁴ et se reflète dans la jurisprudence étrangère et dans les développements législatifs au niveau international¹⁵. Par exemple l'art. 1020 al. 5 du Code de procédure civile des

¹³ La note de synthèse du groupe d'experts sur la résolution de litiges et la gouvernance d'entreprise de l'OCDE du 25 juin 2003 relève l'importance du renforcement de la convergence dans l'interprétation de la Convention de New York en les termes suivants: « *An ACLD award has little value unless it can be enforced. In this regard, the New York Convention (with over 100 signatories) provides for recognition and enforcement of foreign arbitral awards by national courts unless certain very limited exceptions apply [...] Expansive interpretations arising from ignorance, bias, or corruption on the part of national courts often result in the setting aside of ACLD awards and the effective gutting of treaty and shareholders rights* » (p. 2, no. 4).

¹⁴ Cf. par exemple A. Redfern/M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4^{ème} éd., Londres 2004, no. 3-08: « *[i]n the New York Convention, the emphasis is on a signed agreement [...] [i]n the modern laws of arbitration this requirement has largely disappeared* ».

¹⁵ En vertu de l'art. 17 de la Convention de Bruxelles, la convention attributive de juridiction doit être conclue soit par écrit, soit verbalement avec confirmation écrite, soit, dans le commerce international, sous une forme admise par les usages en vigueur dans ce domaine et que les parties connaissent ou sont censées connaître. Les juges communautaires ont répondu affirmativement à la question de savoir si la disposition figurant dans les statuts d'une société anonyme, en vertu de laquelle l'actionnaire, en souscrivant ou en acquérant des actions, se soumet à la juridiction dont relève ordinairement la société pour tous les différends avec cette dernière ou avec ses organes (une clause d'élection de for), constitue une convention attributive de juridiction conclue valablement quant à la forme entre l'actionnaire et la société au sens de l'art. 17 de la Convention de Bruxelles. La jurisprudence américaine en matière d'arbitrage va dans le même sens. Dans les arrêts *Laif X Sprl v. Axtel, SA de CV* (390 F.3d 194 (2004)) et *Empresa Generadora de Electricidad Itabo, S.A. v. Corporacion Dominicana de Empresas Electricas Estatales* (No. 05-5004, 2005 WL 1705080, (S.D.N.Y. du 18 juillet 2005), 2005 US Dist LEXIS 14712 (2005)), les juges ont retenu, sans s'arrêter sur la question, que les clauses d'arbitrage inscrites dans les statuts des sociétés non cotées s'imposaient à tous les actionnaires et étaient régies par la *Federal Arbitration Act*. Dans sa version initiale de 1985, l'art. 7

Pays-Bas, l'art. 4 de la Loi sur l'arbitrage finlandaise¹⁶ et l'art. 581 al. 2 du Code de procédure civile autrichien¹⁷ confirment expressément la validité d'une clause d'arbitrage statutaire. Selon l'art. 54 al. 1 du Chapitre 7 de la *Companies Act* suédoise, une clause statutaire assujettissant les différends entre la société, le conseil d'administration, les administrateurs, le PDG, les liquidateurs et/ou les actionnaires à la juridiction arbitrale constitue une convention d'arbitrage valable. Nous présenterons les conditions de validité d'une clause d'arbitrage par référence (A.) et examinerons la validité de l'adhésion à une clause compromissoire statutaire par l'acquisition des titres (B.) en droit suisse.

A. La validité d'une clause d'arbitrage par référence

En droit suisse, les dispositions applicables à la forme d'une convention d'arbitrage sont l'art. 6 CIA¹⁸ en matière d'arbitrage interne et l'art. 178 LDIP¹⁹ en matière d'arbitrage international²⁰.

de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international sur la définition et la forme de la convention d'arbitrage suivait de près le paragraphe 2 de l'art. II de la Convention de New York, lequel exige que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite. La Commission a modifié l'art. 7 en 2006 pour mieux tenir compte des pratiques en matière de contrats internationaux. La CNUDCI a adopté deux options qui reflètent deux manières différentes de traiter la question de la forme de la convention d'arbitrage. La première option suit la Convention de New York, en ce qu'elle exige que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite mais considère, comme équivalant à l'« écrit » traditionnel, le fait que le « contenu » de la convention soit « *consigné sous une forme quelconque* »: la référence dans un contrat à tout document (par exemple les statuts d'une société) contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat (convention d'arbitrage conclue « par référence »). La deuxième option définit la convention d'arbitrage de façon à ne poser aucune exigence de forme. Les deux options visent à préserver la force obligatoire des conventions d'arbitrage telle que prévue dans la Convention de New York. À cet égard, la Commission a adopté une « *Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'art. II et du paragraphe 1 de l'art. VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958* », qui encourage les États à appliquer le paragraphe 2 de l'art. II de la Convention en « *reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs* ». Cf. Note explicative de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006, p. 31 s., disponible sur le site <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook-f.pdf>. Pour une contribution récente au sujet de la révision de la Loi type, cf. G. C. Moss, *Form of Arbitration Agreements: Current Developments within UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention*, ICC Bulletin, Vol. 18, No. 2, 2007, 51. Au sujet des conditions de validité d'une clause d'arbitrage statutaire en Allemagne, cf. décision du Tribunal fédéral allemand du 6 avril 2009 cité en note de bas de page 56 ci-dessous.

¹⁶ Au sujet de cette disposition, cf. P. Lindfors, *Finland: Arbitrability of Dispute Arising under Company's Articles of Association*, International Arbitration Law Review 2003, Vol. 6, 56.

¹⁷ Au sujet de cette disposition, cf. C. Koller/N. Tunkel, *An Outline of the New Austrian Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law*, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration 2006, Vol. 10, 27.

¹⁸ Concordat sur l'arbitrage adopté par la Conférence des directeurs cantonaux de la justice le 27 mars 1969, approuvé par le Conseil fédéral le 27 août 1969.

¹⁹ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291.

En matière d'arbitrage interne, l'art. 6 CIA (applicable jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse) contient à son alinéa 2 une disposition spéciale régissant les clauses compromissaires statutaires: « Elle [la convention d'arbitrage] peut résulter d'une déclaration écrite d'adhésion aux statuts d'une personne morale, à condition que cette déclaration se réfère expressément à la clause compromissoire contenue dans les statuts ou dans un règlement qui en découle ». Ainsi, la validité de la clause statutaire est subordonnée à la double condition que la déclaration d'adhésion soit intervenue par écrit et que cette déclaration se réfère expressément à la clause compromissoire des statuts²¹. Dans le futur, l'exigence de forme écrite en droit de l'arbitrage interne s'alignera sur celle du droit de l'arbitrage international, l'art. 356 du Projet du Code de procédure civile suisse (P CPC) ayant repris la définition large de la forme écrite formulée en les termes suivants: « [l]a convention d'arbitrage est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen de communication permettant d'en établir la preuve par un texte »²².

Dans le contexte international (art. 176 LDIP), le tribunal arbitral dont le siège se situe en Suisse vérifiera la validité formelle de la convention d'arbitrage en application de l'art. 178 al. 1 LDIP exclusivement²³. Cette disposition dit que « [q]uant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte ».

Le libéralisme du droit suisse de l'arbitrage international se manifeste notamment dans la souplesse avec laquelle la jurisprudence reconnaît la validité d'une convention d'arbitrage conclue par référence: la forme écrite est

²⁰ P. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2004, § 16, no. 153: « Ein rechtliches Potpurri, das den Schluss in vielen Fällen nahe legt: streichen »; no. 154: « Insgesamt ist von Schiedsklauseln in Statuten abzuraten, ausgenommen vielleicht in geschlossenen Gesellschaften mit kotierten vinkulierten Namensaktien ».

²¹ P. Jolidon, *Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne 1984, p. 171 ss, no. 3 ad art. 6 CIA; P. Lalive/J.-F. Poudret/C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse: édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne 1989, p. 59 ss, no. 2 ad art. 6 CIA.

²² FF 2006 7019, p. 7102. Ce texte entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

²³ Le principe de l'application exclusive des conditions de l'art. 178 al. 1 LDIP vaut pleinement devant le Tribunal fédéral saisi d'un recours contre la sentence au motif que la convention n'était pas valable à la forme et que le tribunal était dès lors incompétent au sens de l'art. 190 al. 2 lit. b LDIP. Cf. G. Kaufmann-Kohler/A. Rigozzi, *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Zurich/Bâle/Genève 2006, no. 209-212 avec références citées. Ce n'est que pour garantir la reconnaissance et l'exécution de leur sentence à l'étranger que les arbitres siégeant en Suisse pourraient motiver leur décision quant à la validité formelle de la convention d'arbitrage du point de vue des exigences plus restrictives de l'art. II para. 2 CNY également. Le Tribunal fédéral tend toutefois à interpréter le texte de la Convention de New York à la lumière de l'art. 178 LDIP alignant ainsi les deux régimes juridiques, cf. ATF 121 III 38, p. 43 s.

respectée non seulement lorsque toutes les parties signent le document contenant une clause d'arbitrage, mais également lorsque le contrat se réfère spécifiquement ou comporte une référence globale à la clause d'arbitrage contenue dans un autre document²⁴. Pour qu'une référence globale soit suffisante, la jurisprudence pose une condition supplémentaire, à savoir que la partie adhérant à la clause compromissoire par référence se rende compte de son existence en raison de l'usage dans les affaires ou d'autres circonstances.

Spécifiquement en relation avec une clause d'arbitrage contenue dans les statuts d'une association, les règles suivantes ont été établies: la forme écrite est respectée lorsque (i) les statuts s'accompagnent d'une déclaration d'adhésion écrite; ou (ii) une déclaration d'adhésion comporte une référence spécifique à la clause compromissoire statutaire; ou encore (iii) il doit être admis, en raison des circonstances, que le nouveau membre soit prend connaissance des statuts avec la signature de la déclaration d'adhésion soit doit se rendre compte de l'existence de la clause d'arbitrage²⁵.

La doctrine requiert les actionnaires fondateurs de la société aussi bien que les acquéreurs subséquents des actions nominatives (mais non pas des actions au porteur) d'émettre une déclaration d'adhésion²⁶. Si le recours à l'arbitrage constitue une renonciation à son juge naturel et porte le caractère d'une obligation (*Verpflichtungscharakter*), une manifestation de volonté de se soumettre à l'arbitrage sous forme d'une déclaration d'adhésion sera nécessaire pour devenir partie à une clause compromissoire statutaire, car le droit de la société anonyme ne soumet un actionnaire à aucune autre obligation que celle de libérer ses parts (art. 680 al. 1 CO). D'autres auteurs relèvent qu'en raison de l'énumération limitative et exhaustive des motifs de restrictions à la transmissibilité des actions dans la loi, il est impossible de subordonner le transfert d'actions nominatives à une restriction

²⁴ Cf. ATF 129 III 727, c. 5.3.1 avec référence à l'arrêt 4P.126/2001 du 18 décembre 2001, c. 2e/bb; ATF 110 II 54, 58 s; arrêt du *Handelsgericht* de Zurich du 30 août 1993, Bul. ASA 1993, 531, p. 535.

²⁵ Décision de la *Justizkommission* du Canton de Zoug du 11 septembre 1998, *S.S. c/ Verein M.*, ZG-GVP 1997/98, p. 139 ss, p. 140 s., c. 1d avec référence à A. Bucher, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Bâle 1989, no. 124 ss; ZR 91/92 1992/1993, No. 23; G. Walter/W. Bosch/J. Brönnimann, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Berne 1991, p. 79; ATF 110 II 59. La *Justizkommission* du Canton de Zoug a posé les règles suivantes: « *die Schriftform sicherlich dann gewahrt ist, wenn die Statuten der schriftlichen Beitrittserklärung beiliegen oder, wenn dies nicht zutrifft, die Beitrittserklärung einen spezifischen Hinweis auf die statutarische Schiedsklausel enthält. Eine gültige Form liegt schliesslich auch dann vor, wenn aufgrund der Umstände angenommen werden muss, dass die Statuten dem Mitglied bei Unterzeichnung der Beitrittserklärung tatsächlich bekannt gewesen sind, oder wenn das Mitglied mit dem Vorhandensein einer Schiedsklausel rechnen musste* ».

²⁶ H. Hinderling, *Das Problem der privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, SJZ 1979, Vol. 75, 321, p. 328.

supplémentaire à leur transmissibilité, soit à l'acceptation par l'acquéreur des titres de la clause compromissoire statutaire²⁷.

Dans la mesure où l'arbitrage est devenu le mode usuel de résolution des litiges du commerce international à l'heure actuelle, l'hypothèse de départ de ces avis doctrinaux devient contestable. Si on admet que le recours à l'arbitrage ne porte pas le caractère d'une obligation supplémentaire imposée aux actionnaires, une clause d'arbitrage statutaire ne devra être perçue ni comme une privation d'un droit des actionnaires, ni comme une restriction supplémentaire à la transmissibilité des actions.

B. L'adhésion à une clause compromissoire statutaire par l'acquisition des titres

En droit de l'arbitrage international, l'acte matériel de l'acquisition des titres permet de se soumettre à la juridiction arbitrale par actes concludants (**1.**). Dans ce contexte, la distinction entre les clauses d'arbitrage dans les contrats fondateurs des sociétés de personnes, d'une part, et les celles dans les statuts des sociétés de capitaux, d'autre part, s'impose (**2.**)²⁸.

1. L'adhésion par actes concludants

Il existe une controverse doctrinale: certains auteurs insistent sur le caractère réciproque de l'exigence de forme écrite, qui s'impose à toutes les parties²⁹, tandis que d'autres se contentent de l'existence d'un écrit signé par une des parties au moins («*halbe*» *Schriftlichkeit*)³⁰. Pour trancher cette

²⁷ Böckli, *op. cit.*, § 16, no. 150 avec référence à P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz/P. Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 8, no. 86; H. M. Riemer, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, no. 227.

²⁸ De manière générale, la résolution des litiges en arbitrage soulève plus de problèmes pour les sociétés anonymes cotées en bourse que pour les sociétés de personnes ou les sociétés anonymes sous le contrôle étroit d'un groupe restreint de personnes. Cf. ég. dans ce sens «*Experts Group Meeting on Dispute Resolution and Corporate Governance*», Note de synthèse du 25 juin 2003, p. 2. Cf. ég. W. Wenger/C. Müller, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2^{ème} éd., 2007, no. 69 ad art. 178: «*Angesichts der Komplikationen, welche mit der alternativen Anwendbarkeit des IPRG und des Konkordats verbunden sind, sind statutarische Schiedsklauseln wohl nur in Verhältnissen mit in jeder Hinsicht überblickbarem Mitgliederbestand zu empfehlen*»; Sanborn, *op. cit.*, p. 340: «*Most jurisdictions now accept the arbitrability of shareholders derivative claims in close corporations, as opposed to publicly traded corporations*».

²⁹ J.-F. Poudret/S. Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, 2002, no. 193; Wenger/Müller, *op. cit.*, no. 16 s. ad art. 178. Cf. ég. ATF 111 Ib 253, c. 5; sentence arbitrale du 13 octobre 1992 en la cause A. AC c/ B. SA, Bul. ASA 1994, 38-45.

³⁰ B. Berger/F. Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Berne/Vienne 2006, no. 400 et 404. Ces auteurs admettent au regard de l'art. 178 al. 1 LDIP la validité formelle d'une convention d'arbitrage conclue par oral et confirmée par écrit par l'une des parties seulement. Dans le même sens, cf. M. Blessing, The Arbitration Agreement – its Multifold Critical Aspects – Preface and Introductory Report, ASA Special Series No. 8, p. 9-11.

controverse, nous procéderons à l'interprétation littérale, systématique, historique et téléologique de l'art. 178 al. 1 LDIP:

- Quant au **texte** même de l'art. 178 al. 1 LDIP, il est important de noter la différence fondamentale avec l'art. II para. 2 CNY. En effet, la loi suisse n'exige pas qu'il y ait un échange de documents, c'est-à-dire que chacune des parties en adresse un à son cocontractant. Le Tribunal fédéral interprète le texte de l'art. 178 al. 1 LDIP de manière à dispenser toutes les parties à une clause compromissoire de consigner leur volonté à se soumettre à l'arbitrage par écrit³¹.
- Quant à l'**interprétation systématique** de l'art. 178 al. 1 LDIP, cette disposition pourrait de prime abord être rapprochée de l'art. 5 LDIP concernant l'élection de for dont le texte est identique en ce qui concerne l'exigence de la forme écrite³². Si le texte choisi par le législateur est le même, on ne peut pas conclure que son sens doit être le même également: « *N'oublions pas que, tout d'abord, l'arbitrage international en Suisse n'est régi que par les art. 176 et suivants LDIP alors que tous les articles précédents s'adressent uniquement aux tribunaux étatiques suisses* »³³.
- Si on remonte à la **genèse** de l'art. 178 al. 1 LDIP, cette disposition est basée sur l'art. 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. La volonté historique du législateur suisse ayant été de tenir compte du travail des experts internationaux, les récentes modifications de la Loi type datant de 2006 doivent aujourd'hui être prises en compte dans le cadre de l'interprétation de l'art. 178 al. 1 LDIP. L'évolution historique du texte international ayant servi de modèle à l'art. 178 al. 1 LDIP appelle les juges suisses à reconnaître la validité formelle de la convention d'arbitrage pour autant que la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage puisse être établie de manière incontestable.

³¹ Cf. ég. ATF 121 III 38, c. 2c. Pour un avis contraire, cf. Poudret/Besson, *op. cit.*, no. 193. Sur le besoin de révision de la Convention de New York, cf. « *A Closer Look at the Proposed 'New New York Convention'* », suivi d'une interview avec A. J. van den Berg, *Global Arbitration Review*, Vol. 3 (3), 2008, p. 14 ss et p. 21.

³² ATF 119 II 391, JdT 1994 I 620, c. 3b: les juges fédéraux ont estimé nécessaire que chaque partie à une clause d'élection de for contenue dans les conditions générales émette sa déclaration par écrit ou par l'un des autres moyens de communication mentionnés à l'art. 5 LDIP.

³³ P. A. Karer, La convention d'arbitrage en droit suisse. Forme, validité, portée, in *Mélanges en l'honneur de F. Knoepfler*, Bâle/Genève/Munich 2005, p. 177 ss, p.184 avec références citées.

- L'art. 178 al. 1 LDIP doit être interprété en fonction du **but** qu'il poursuit. A l'origine, l'exigence d'une forme écrite était destinée à protéger les parties contre elles-mêmes. Si on perçoit l'arbitrage comme une renonciation à son juge naturel, soit au système des tribunaux étatiques, le choix de l'arbitrage doit être fait en toute connaissance de cause et après mûre réflexion³⁴. Le respect d'une forme écrite peut avoir pour but d'attirer l'attention des parties sur la portée de leur choix de recourir à l'arbitrage. Cet objectif doit aujourd'hui être relativisé³⁵. Premièrement, l'arbitrage est devenu à l'heure actuelle un mode usuel de règlement des différends dans le commerce international³⁶. En outre, le contexte même de l'arbitrage commercial international relativise le besoin de protection des parties: les participants à des relations de nature commerciale sont en général placés sur un pied d'égalité et disposent de moyens adéquats pour se protéger eux-mêmes. Ainsi, l'exigence de la forme écrite se justifie non pas par le souci de la protection des parties mais par le souci de clarté.

Ainsi, l'interprétation littérale, systématique, historique et téléologique de l'art. 178 al. 1 LDIP nous amène à constater que l'adhésion à une clause compromissoire contenue dans un écrit ne doit pas nécessairement elle-même respecter la forme écrite et peut résulter d'un acte matériel tel que l'acquisition d'actions. A notre sens, le but de l'art. 178 LDIP est de préciser que la convention d'arbitrage doit être identifiable dans son texte. Cette interprétation a été confirmée dans l'arrêt de principe rendu récemment par le Tribunal fédéral: l'exigence de forme de l'art. 178 al. 1 LDIP s'applique uniquement à l'accord par lequel les parties initiales ont manifesté leur volonté de compromettre, tandis que l'extension de la clause arbitrale à un tiers non signataire repose sur le consentement de celui-ci³⁷. Les juges fédéraux ont précisé les conditions d'extension de la convention d'arbitrage à un tiers non-signataire: l'art. 178 al. 1 LDIP ne peut être invoqué pour

³⁴ Cf. notamment ATF 129 III 675, c. 2.3.

³⁵ L. Lévy/B. Stucki, Note, in Revue de l'arbitrage 2004, 707, p. 713 avec référence à l'ATF 110 II 54. Déjà en 1984, le Tribunal fédéral a fait remarquer que la clause arbitrale devait s'apprécier en fonction des circonstances du cas particulier, notamment en distinguant selon qu'elle avait été conclue entre commerçants ou, au contraire, entre personnes inexpérimentées.

³⁶ Karrer, *op. cit.*, p. 184: « On ne voit pas pourquoi on permettrait aux parties de conclure des contrats pour des millions d'euros au téléphone, mais on leur défendrait d'assortir une telle convention d'une convention d'arbitrage prévoyant la façon dont des différends y afférant pourront être réglés ».

³⁷ ATF 129 III 727, c. 5.3.1.

invalider une convention d'arbitrage que lorsque celle-ci a été passée par oral par les parties initiales³⁸.

Cette interprétation du droit suisse se rapproche du droit français. L'ordre juridique français accorde peu de poids aux limites formelles de la convention d'arbitrage: la recherche de la volonté réelle des parties est le critère décisif sinon exclusif de la portée interne et externe, *ratione personae* et *ratione materiae*, de la convention d'arbitrage international³⁹. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée sur l'extension d'une clause compromissoire contenue dans les statuts d'une société aux parties qui s'étaient immiscées dans le fonctionnement et la liquidation de la société⁴⁰. La Cour a admis l'extension d'une clause d'arbitrage statutaire à des personnes physiques non actionnaires de la société, sur le fondement de leur acceptation implicite de la clause, déduite de leur comportement en tant que « véritables actionnaires de la société » ayant « exercé des prérogatives réservées aux actionnaires ». Le commentateur relève que le parallèle est frappant avec le traditionnel mécanisme contractuel de l'extension de la clause compromissoire, suivant lequel une personne non signataire du contrat, qui s'est directement impliquée dans sa conclusion ou son exécution, est réputée avoir implicitement accepté la clause d'arbitrage qui y est insérée⁴¹.

2. *La distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux*

Les sociétés de personnes n'ont pas de personnalité juridique et ne sont pas aptes à acquérir des droits et obligations pour elles-mêmes. Les associés derrière une société de personnes s'engagent à titre personnel lorsqu'ils agissent au nom de la société. Cela explique l'importance de l'élément

³⁸ ATF 129 III 727, c. 5.3.1. Pour le commentaire de cet arrêt, cf. Lévy/Stucki, *op. cit.*, p. 712: « [L]a solution du Tribunal fédéral paraît justifiée en droit et en opportunité. Le Tribunal fédéral respecte la lettre de l'art. 178 al. 1 LDIP en distinguant entre l'accord originel soumis à la forme écrite et son extension qui en est dispensée ». Spécifiquement en relation avec la cession du contrat, les juges fédéraux ont rejeté le recours contre une sentence arbitrale où les arbitres ont admis le transfert d'une clause d'arbitrage résultant d'une reprise des contrats inférée des circonstances, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4P.124/2001 du 7 août 2001, c. 2c.

³⁹ Note de F.-X. Train, *Rev. arb.* 2008, 739.

⁴⁰ Cf. arrêt de la Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. C) du 22 mai 2008, *Joseph Abela Family Foundation c/ Albert Abela Family Foundation et autres*, *Rev. arb.* 2008, 730.

⁴¹ Note de F.-X. Train, *Rev. arb.* 2008, 735. L'auteur relève qu'on reconnaît en général deux conditions à l'extension à un non signataire, à savoir, d'une part, la connaissance, par ce dernier, de la clause, et, d'autre part, son implication directe dans l'exécution du contrat, fut-il « de société » d'après la demanderesse. Il observe aussi au passage que la jurisprudence la plus récente ne se réfère même plus à la connaissance de la clause ou à une quelconque présomption à cet égard, et affirme ainsi que « la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter » (références omises).

personnel dans ce type de sociétés où les associés gèrent la société et peuvent faire leur apport en nature et non pas en capital⁴². Vu la nature personnelle des relations entre les associés, on peut raisonnablement attendre des nouveaux membres des sociétés de personnes qu'ils connaissent le contenu de l'acte fondateur de la société, y compris d'une éventuelle clause d'arbitrage y figurant, et qu'ils y adhèrent par actes concluants au moment de l'entrée dans la société.

Le propre des sociétés de capitaux est que les associés font l'apport en argent et que la société est gérée par ses organes. Les sociétés de capitaux sont des personnes morales et ont une existence juridique indépendante de celle de leurs membres⁴³. Les associés dans les sociétés de capitaux ont des rapports purement fonctionnels. Par conséquent, la volonté implicite d'adhésion à la clause compromissoire statutaire est plus difficile à établir en présence des sociétés de capitaux dont les membres ne sont liés que par des rapports fonctionnels et souvent ne prennent aucun rôle actif dans la gestion de la société.

Le nouveau droit de la **société à responsabilité limitée**, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008, a modifié l'ancien art. 791 aCO relatif à la cession des parts sociales. La nouveauté introduite par le législateur à l'art. 785 CO est que désormais la cession de parts sociales et l'obligation de céder des parts sociales doivent revêtir la forme écrite et non plus la forme authentique exigée auparavant. En outre, il est expressément précisé à l'al. 2 de la même disposition que le contrat de cession doit contenir les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que l'acte de souscription des parts sociales. Selon l'art. 777a al. 2 ch. 2 CO, l'acte de souscription doit renvoyer aux dispositions statutaires concernant l'obligation de fournir des prestations accessoires (*Nebenleistungspflichten*) au sens de l'art. 796 CO. Si on devait suivre la doctrine qui considère que la convention d'arbitrage statutaire impose aux associés des obligations supplémentaires et a le caractère d'une obligation (*Verpflichtungscharakter*) pour les associés⁴⁴, le contrat de cession d'une part sociale au sein d'une société à responsabilité limitée devrait contenir un renvoi à la clause compromissoire statutaire. Dans un tel cas, l'entrée de nouveaux membres dans une société à responsabilité limitée remplirait les conditions de forme d'adhésion à une clause

⁴² La société simple (art. 530 ss CO), la société en nom collectif (art. 552 ss CO) et la société en commandite (art. 594 ss CO) sont des sociétés de personnes.

⁴³ La société anonyme (art. 620 ss CO), la société en commandite par action (art. 764 ss CO), la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO) et la société coopérative (art. 828 ss CO) sont des sociétés de capitaux.

⁴⁴ Cf. les références citées en notes de bas de page 26 et 27 ci-dessus.

compromissoire statutaire non seulement sous l'empire de l'art. 178 al. 1 LDIP mais également de l'art. 6 al. 2 CIA. Mais compte tenu du fait que l'arbitrage devient à l'heure actuelle le mode usuel de règlement de litiges commerciaux, la convention d'arbitrage ne porte pas, à notre avis, le caractère d'une obligation et n'impose pas aux associés de fournir des prestations accessoires. Par conséquent, le contrat de cession ne doit pas nécessairement contenir de renvoi à la clause compromissoire statutaire; en l'absence d'un tel renvoi, le contrat ne remplit pas les conditions de validité formelle prévues à l'art. 6 CIA mais uniquement celles posées par l'art. 178 al. 1 LDIP.

La **société anonyme** est une société de capitaux par excellence. Lorsqu'une société anonyme offre ses titres au public, le prospectus d'émission soumis aux actionnaires par la société peut préciser que la souscription des titres emporte l'adhésion à la clause compromissoire statutaire. Si la souscription de titres se fait au moyen d'un formulaire écrit rempli par l'investisseur ou son représentant, ce formulaire satisfait aux conditions de forme écrite en matière d'arbitrage international (art. 178 al. 1 LDIP) mais pas forcément en matière d'arbitrage interne (art. 6 al. 2 CIA). La même conclusion s'impose quant au transfert subséquent des titres:

- Lorsque les titres d'une **société cotée** sont **acquis en bourse**, l'art. 685e CO impose à la banque de l'aliénateur d'annoncer immédiatement à la société le nom du vendeur et le nombre d'actions vendues. En revanche, il n'existe aucune obligation d'annoncer le nom de l'acquéreur et les droits passent à celui-ci du simple fait du transfert d'actions, même en l'absence de l'annonce imposée par l'art. 685e CO. L'art. 685f al. 2 CO précise toutefois que l'exercice des droits sociaux – c'est-à-dire du droit de vote et d'autres droits attachés au droit de vote – par un actionnaire est conditionné par sa reconnaissance comme actionnaire par la société. En pratique, il existe beaucoup d'actionnaires-fantômes qui ne sont pas intéressés par l'exercice des droits sociaux et, par conséquent, ne s'annoncent jamais à la société dont ils acquièrent les titres. Le fait d'acquérir des actions en bourse constitue un acte matériel qui remplit les exigences de l'art. 178 al. 1 LDIP mais pas celles de l'art. 6 al. 2 CIA⁴⁵.

⁴⁵ Le transfert des parts sociales emporte la soumission aux statuts et, en particulier, à la clause compromissoire contenue dans ceux-ci; dans ce sens, cf. Berti, *op. cit.*, p. 120-122; cf. ég. W. J. Habscheid, *Statutarische Schiedsgerichte und Schiedskonkordat, Société anonyme suisse* 1985, 157. Cf. ég. arrêt du *Handelsgericht (SG)* du 16 janvier 2007, Bul. ASA 2007, 393, p. 398.

- Si des actions nominatives **cotées en bourse** sont **acquises hors bourse**, l'exercice des droits sociaux passe à l'acquéreur uniquement après que celui-ci dépose auprès de la société une demande de reconnaissance comme actionnaire, à savoir au moment de la reconnaissance par la société selon l'art. 685f CO. L'exercice des droits patrimoniaux passe à l'acquéreur au moment où celui-ci fait une demande de reconnaissance comme actionnaire auprès de la société. Cette demande remplit les conditions de l'art. 178 al. 1 LDIP mais pas celles de l'art. 6 al. 2 CIA, sous réserve d'une référence expresse à la clause compromissoire statutaire.
- L'acquisition d'actions nominatives **non cotées en bourse** est régie par l'art. 685c CO. Tant que l'approbation nécessaire au transfert des actions n'est pas donnée, la propriété des actions et tous les droits en découlant restent à l'aliénateur. On déduit indirectement de l'al. 3 de la même disposition que la société donne son approbation après réception d'une requête déposée par l'acquéreur. Cette requête remplit les conditions de l'art. 178 al. 1 LDIP mais pas celles de l'art. 6 al. 2 CIA, sous réserve d'une référence expresse à la clause compromissoire statutaire.

III. La portée de la clause d'arbitrage statutaire

La loi suisse n'énumère pas les sujets qui relèvent de la validité matérielle de la convention d'arbitrage. Parmi ceux identifiés par la doctrine⁴⁶, nous nous arrêterons uniquement sur la portée de la convention d'arbitrage statutaire. La portée d'une clause compromissoire statutaire dépend en grande partie de la formule utilisée. La portée objective d'une clause statutaire ne présentant pas de particularités en droit des sociétés⁴⁷, sous réserve de l'arbitrabilité des litiges (**B.**), nous nous limiterons à souligner le caractère très libéral du droit suisse basé sur la jurisprudence visant l'effet utile de la convention d'arbitrage. Selon cette jurisprudence, les parties sont présumées avoir voulu soumettre tous leurs différends futurs, liés

⁴⁶ Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, no. 226 avec référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 4P. 253/2003 du 25 mars 2004, c. 5.1, Bul. ASA 2005, 128, p. 132. Cf. ég. Dutoit, *op. cit.*, no. 8 ad art. 178; Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.*, no. 14 ad art. 178.

⁴⁷ Au sujet de la portée objective d'une clause d'arbitrage, cf. Berger/Kellerhals, *op. cit.*, no. 462 ss; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, no. 255 ss; Poudret/Besson, *op. cit.*, no. 305 ss; cf. ég. ATF 116 Ia 56, c. 3b, JdT 1990 I 563. Pour les ouvrages internationaux, cf. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, E. Gaillard/J. Savage (éds), La Haye/Boston/Londres 1999, no. 478; H. Raeschke-Kessler/K. P. Berger, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3^{ème} éd., Cologne 1999, no. 282.

de près ou de loin à la vie de leur société, à un même tribunal⁴⁸. En revanche, la portée subjective ou le champ d'application *ratione personae* de la clause d'arbitrage statutaire est plus problématique (A.).

A. La portée subjective

La clause d'arbitrage contenue dans une convention ne lie que les parties à cette convention, tandis qu'une clause contenue dans les statuts d'une société a vocation à régir l'ensemble des relations internes de la société. Ces deux postulats soulèvent la question de l'opposabilité d'une clause d'arbitrage statutaire à des personnes qui ne sont pas parties au contrat de société⁴⁹, notamment aux administrateurs, liquidateurs et commissaires.

En principe, le fait d'accepter leur mission emporte pour ces groupes de personnes l'adhésion à la clause d'arbitrage statutaire⁵⁰. Lorsqu'une clause d'arbitrage statutaire couvre les litiges concernant les décisions des organes de la société, il faut garantir à tous les membres de la société la possibilité de participer à la procédure d'arbitrage et d'assurer que les effets de la décision des arbitres s'étendront également à tous les membres de la société, que ceux-ci aient participé à la procédure ou pas⁵¹. Le texte de la clause d'arbitrage statutaire étant déterminant pour sa portée subjective⁵², rien n'empêche d'inclure dans son champ d'application les litiges⁵³:

⁴⁸ Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, no. 257 avec référence à ATF 121 III 495, 497.

⁴⁹ Sur ce problème, cf. arrêt de la Cour de cassation française du 8 novembre 2005 avec note de F.-X. Train, *Rev. arb.* 2006, 711. L'auteur fait d'abord remarquer que sauf restriction particulière, tenant à la place que la clause d'arbitrage statutaire occupe ou à sa rédaction, elle vise en principe toutes les contestations survenant entre associés, ou entre associés et société, qui ont une incidence sur le pacte social. Après un examen de l'arrêt de la Cour de cassation, il conclut: « [l]a Chambre commerciale a fait prévaloir la réalité complexe des relations internes de la coopérative, en admettant l'extension de la clause compromissoire au non-associé; une « extension en interne » pour ainsi dire ».

⁵⁰ Cf. dans le même sens, Caprasse, *op. cit.*, no. 413; pour l'avis plus réservé sur la question, cf. D. Cohen, *Arbitrage et sociétés*, Paris 1993, no. 136; pour le droit anglo-saxon, cf. Herzfeld, *op. cit.*, p. 312 s.: l'auteur se réfère notamment à l'art. 140 al. 1 *Corporations Act* de l'Australie, à l'art. 33 *UK Companies Act 2006* et à la jurisprudence américaine.

⁵¹ Wenger/Müller, *op. cit.*, no. 67 ad art. 178. Cf. ég. C. Borris, *Abfassung von Schiedsklauseln und Ausgestaltung des Schiedsverfahrens in Streitigkeiten aus gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen*, in K.-H. Böckstiegel/K. P. Berger/J. Bredow (éd.), *Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren*, Schriftenreihe der DIS, Vol. 16, Cologne 2005, p. 109 ss.

⁵² En d'autres termes, pour être efficace dans tous les cas, la clause d'arbitrage statutaire doit refléter dans toute son étendue son potentiel multipartite, cf. Hanotiau, *L'arbitrabilité*, *op. cit.*, p. 161 s. avec une référence citée et un exemple d'une clause d'arbitrage statutaire.

⁵³ Pour un exemple de la clause compromissoire contenue dans le règlement interne de la société coopérative prévoyant l'extension de la clause à un associé de second rang, plus précisément au dirigeant-actionnaire d'une personne morale associée de la société, cf. Cass. civ. 1^{re}, arrêt du 20 septembre 2006, *M. Médard c/ sté Système U*, *Rev. arb.* 2006, 1078 et, dans la même affaire, arrêt du 22 octobre 2008, *Rev. arb.* 2008, 846.

- entre les actionnaires et la société;
- entre les actionnaires et les organes;
- entre la société et ses organes.

La délimitation du champ d'application *ratione personae* doit clarifier dans le texte de la clause statutaire le sort des litiges relatifs à des faits antérieurs à la fondation de la société ou à l'insertion de la clause d'arbitrage dans les statuts, ou ceux relatifs à des faits postérieurs à la fin de la société ou à la fin des rapports avec celle-ci:

- De même qu'une clause statutaire existante lie les nouveaux membres, une clause d'arbitrage insérée dans les statuts lie aussi tous les anciens membres et peut s'appliquer à des litiges nés d'opérations antérieures à l'insertion de cette clause, sous réserve de la volonté contraire des rédacteurs de la clause;
- Si la clause statutaire est adoptée après le départ d'un associé, l'ancien associé n'y a pas souscrit et la clause ne le lie pas⁵⁴;
- Le même raisonnement s'applique aux anciens dirigeants de la société si la clause d'arbitrage est formulée de sorte à inclure les litiges entre les organes dirigeants et la société ou ses membres: par exemple, il est admis que la clause d'arbitrage statutaire d'une société anonyme subsiste, dans la mesure où elle porte sur les actions en responsabilité de la société contre ses administrateurs, même après la perte de la qualité d'administrateur par la personne concernée⁵⁵.

B. L'arbitrabilité des litiges en droit des sociétés

Le règlement de certains litiges issus de la vie des sociétés peut être réservé par l'Etat à ses tribunaux⁵⁶, car tous les litiges ne sont pas

⁵⁴ Cohen, *op. cit.*, no. 122-125; Caprasse, *op. cit.*, no. 411.

⁵⁵ Arrêt non publié du Tribunal fédéral *L. c/ CTC* du 23 août 1983, c. 2, cité par Jolidon, *op. cit.*, p. 148. Cette solution jurisprudentielle a été adoptée par analogie avec la solution adoptée par la jurisprudence relative à la durée des conventions d'élection de for (ATF 106 II 233). La question de savoir si, en pareil cas, la clause compromissoire peut être invoquée sans aucune limitation dans le temps a été laissée ouverte (arrêt précité, c. 3).

⁵⁶ Pour un aperçu de la réglementation de l'arbitrabilité en droit des sociétés notamment en Belgique, en France, en Allemagne, aux Etats-Unis et en Italie, cf. Hanotiau, *L'arbitrabilité*, *op. cit.*, p. 157 ss; sur l'élargissement de l'arbitrabilité en droit des sociétés en France, cf. Cohen, *op. cit.*, no. 238 ss; pour l'examen de l'arbitrabilité des litiges issus de la vie des sociétés en droit belge, cf. Caprasse, *op. cit.*, p. 33 ss. Il y a lieu de relever que le Tribunal fédéral allemand a confirmé l'arbitrabilité des litiges en droit des sociétés dans une décision du 6 avril 2009 (II ZR 255/08). Plus précisément, les juges allemands ont décidé que les contestations des décisions de l'assemblée générale étaient arbitrables sur la base d'une clause d'arbitrage figurant dans les statuts de la société. Cette décision opère un

arbitrables⁵⁷. Il est question ici de l'arbitrabilité objective ou *ratione materiae*, par opposition à l'arbitrabilité subjective ou *ratione personae* qui désigne la capacité des parties de conclure une convention d'arbitrage⁵⁸. L'arbitrabilité est une condition non seulement de la compétence des arbitres mais également de la validité de la convention d'arbitrage⁵⁹: la limitation de l'arbitrabilité objective résulte d'une restriction légale à l'autonomie de la volonté des parties et doit, dès lors, être examinée d'office par le tribunal arbitral⁶⁰. Nous allons présenter le régime de l'arbitrabilité en droit suisse de l'arbitrage interne (**1.**) et de l'arbitrage international (**2.**). Nous concluons par un bref aperçu de différents types de litiges arbitrables en droit des sociétés (**3.**).

1. En droit de l'arbitrage interne

En matière d'arbitrage interne, seuls sont arbitrables les litiges qui ne sont pas réservés à la compétence exclusive d'une autorité étatique et qui portent sur des droits relevant de la libre disposition des parties selon l'art. 5 CIA. Un droit est librement disponible lorsque son titulaire en a la maîtrise totale et peut y renoncer en tout ou en partie, notamment en transigeant, ou l'aliéner⁶¹. Il faut que la nature juridique de la prétention en cause soit objectivement telle que les parties puissent en disposer librement dans les limites de l'autonomie que leur confère l'ordre juridique (art. 19 CO)⁶².

revirement de jurisprudence en Allemagne en reconnaissant que les actionnaires peuvent habiliter un tribunal arbitral à prendre des décisions obligatoires pour tous les actionnaires, y compris ceux qui ne sont pas partie à la procédure d'arbitrage. Dans la même décision, les juges ont précisé les conditions de validité d'une clause d'arbitrage statutaire. Pour un commentaire de cette décision, cf. A. Mayer/H. Heppner, Supreme Court Permits Arbitration on Validity of Shareholder Resolutions, publié le 3 septembre 2009 sur <www.internationallawoffice.com>.

⁵⁷ Sur la notion de l'arbitrabilité, cf. Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, no. 190 ss avec référence à l'ATF 118 II 353, p. 355 et 358; A. Bucher/A. Bonomi, Droit international privé, Bâle/Genève/Munich 2001, no. 1232; Hanotiau, L'arbitrabilité, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁸ Sur l'arbitrabilité subjective et objective, cf. Hanotiau, L'arbitrabilité, *op. cit.*, p. 45 ss et p. 62 ss respectivement. Sur l'arbitrabilité subjective, cf. ég. M. de Boissésou/P. Duprey, L'arbitrabilité subjective en matière de droit des sociétés, in Les cahiers de l'arbitrage, A. Mourre (éd.), No. 2002/2, 1^{re} partie, p. 18 ss.

⁵⁹ Bucher/Bonomi, *op. cit.*, no. 1232.

⁶⁰ Cf. Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, no. 193; Bucher, *op. cit.*, no. 132; *contra* l'arrêt du Tribunal fédéral 4P.217/1992 du 15 mars 1993, c. 6 (non reproduit aux ATF 119 II 271), Bul. ASA 1993, 398, p. 406 s., dans lequel les juges ont retenu qu'une exception d'incompétence doit, sous peine de forclusion, être soulevée devant le tribunal arbitral préalablement à toute défense au fond (art. 186 LDIP). Cf. ég. Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.*, no. 6 ad art. 177 LDIP.

⁶¹ La disponibilité d'une prétention et son étendue sont déterminées par le droit matériel régissant cette prétention, cf. Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, no. 195 ss.

⁶² Jolidon, *op. cit.*, p. 153.

Spécifiquement en matière de sociétés et d'associations, il est généralement admis que les litiges suivants sont arbitrables sous l'empire du CIA⁶³:

- L'action en exclusion d'un associé d'une société à responsabilité limitée ou d'une société coopérative⁶⁴;
- L'action en annulation de décisions d'assemblées générales d'associations, de sociétés anonymes, de sociétés en commandite par actions, de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés coopératives. Ces actions sont sans doute arbitrables dans les cas couverts par une clause compromissoire statutaire, lorsque tous les associés sont liés par ladite clause⁶⁵;
- Les actions en responsabilité prévues par la loi dans le cadre des sociétés anonymes ou coopératives;
- De manière générale, tous les litiges relatifs aux relations internes dans le cadre des sociétés et des associations;
- L'action en dissolution de la société anonyme⁶⁶.

L'art. 352 P CPC a maintenu le critère de la libre disponibilité du droit nonobstant les critiques formulées au cours de la procédure de consultation⁶⁷. Le Projet abandonne, en revanche, la réserve prévue à l'art. 5 CIA in fine aux termes de laquelle l'arbitrabilité d'un litige portant sur un droit disponible est néanmoins exclue si la cause est de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi. Le Message précise que le caractère impératif d'un for n'aura aucune influence sur l'arbitrabilité d'un litige, le législateur en ayant décidé ainsi lors de l'adoption de la LFors⁶⁸.

⁶³ Ces exemples sont tirés de Jolidon, *op. cit.*, p. 159. Cf. ég. H. Westermann, *Gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichte*, in *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin/New York 1979, p. 853 ss.

⁶⁴ ATF 69 II 118, JdT 1943 I 307; ATF 71 II 176, JdT 1945 I 622.

⁶⁵ RSJ 1960 314; RJB 1943 565; RR 1948 10, No. 4; RJN 7 I 80; RSJ 1962 307.

⁶⁶ RSJ 1964 310; RJB 1965 61. Pour le droit belge, cf. A. Benoit-Moury/D. Matray, *L'arbitrage et le droit des sociétés*, *Rev. arb.* 1978, 130.

⁶⁷ FF 2006 7019, p. 7101.

⁶⁸ Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile, RS 272; FF 2006, 6841, p. 7001. Cf. ég. J.-F. Poudret, *L'arbitre n'a pas de for: remarques à propos de l'article 1er alinéa 3 du Projet de Loi fédérale sur les fors en matière civile*, in *Mélanges en l'honneur de H.-R. Schüpbach*, Bâle 2000, p. 227 ss. Cf. ég. L. Lévy, *Arbitrability of Disputes in Corporate Matters (Swiss Law)*, *International Arbitration Law Review*, Vol. 5, Issue 3, August 2002, 77, p. 78: « *The exclusive jurisdiction of a court excludes the jurisdiction of other State courts; it does not however per se prohibit arbitration* ».

2. *En droit de l'arbitrage international*

En principe, les litiges arbitrables sous le régime du CIA et notamment ceux dont l'arbitrabilité a été confirmée par la jurisprudence en application de l'art. 5 CIA, sont également arbitrables en matière d'arbitrage international régi par le Chapitre 12 de la LDIP⁶⁹. Le législateur suisse a opté pour une solution matérielle, propre à l'arbitrage international localisé en Suisse. L'art. 177 LDIP dispose: « *Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage* ». En choisissant le critère de la patrimonialité, le législateur entendait ouvrir largement l'accès à l'arbitrage international, ce qui implique une interprétation extensive ou libérale du concept de « patrimonialité » dans le contexte de l'art. 177 al. 1 LDIP⁷⁰. La nature patrimoniale de la cause englobe toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent⁷¹. La doctrine suisse donne des exemples des litiges arbitrables et non-arbitrables⁷². En général, toute cause où la société elle-même est à la fois partie et objet du litige, constitue une cause de nature patrimoniale. Même si le droit litigieux n'a pas de valeur pécuniaire en soi, son exercice et respectivement l'issue du litige ont inévitablement une répercussion sur la valeur de la société. Par exemple, le droit d'un actionnaire de contester les décisions de l'assemblée générale n'a pas de valeur pécuniaire en soi mais il est intimement lié à un rapport juridique ayant un aspect patrimonial⁷³.

Les litiges dans les domaines touchant à l'ordre public et soumis à des règles d'application immédiate ne sont pas en soi inarbitrables. Le Tribunal fédéral distingue entre les causes dont l'ordre public impose qu'elles soient soumises à une autorité étatique telle que par exemple l'adoption, d'une part,

⁶⁹ Le Message du Conseil fédéral relatif au P CPC relève toutefois que la notion de « *libre disposition* » du droit va d'une part plus loin que le terme de « *cause de nature patrimoniale* », car elle englobe aussi les litiges qui ne sont pas de nature patrimoniale, comme l'exclusion d'un membre d'une association culturelle ou des prétentions de nature non patrimoniale découlant d'une violation des droits de la personnalité. Par ailleurs, elle est plus restrictive, car il faut vérifier dans chaque cas la disponibilité du droit, cf. FF 2006 6841, p. 7000 s. avec référence à l'ATF 118 II 353. En droit des sociétés, cette affirmation doit être relativisée.

⁷⁰ Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.*, no. 2 ad art. 177 LDIP; R. Briner, BSK-Internationales Privatrecht, H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder/S. V. Berti (éd.), 2^{ème} éd., Bâle 2007, no. 10 ad art. 177; ATF 118 II 353, c. 3a.

⁷¹ Briner, *op. cit.*, no. 10 ad art. 177; Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.*, no. 2 ad art. 177; Poudret/Besson, *op. cit.*, no. 338.

⁷² Bucher/Bonomi, *op. cit.*, no. 1234: les auteurs relèvent que l'arbitre siégeant en Suisse est habilité à trancher, à titre préjudiciel, des questions non arbitrables, lorsque le sort du litige dépend de la réponse à de telles questions.

⁷³ Briner, *op. cit.*, no. 10 ad 177. Cf. ég. ATF 107 II 181, c. 1.

et les causes de nature patrimoniale où l'ordre public ne concerne que la validité de la prétention, d'autre part⁷⁴. L'existence des dispositions relevant de l'ordre public ne constitue pas un obstacle à l'arbitrabilité des litiges mais permet uniquement de faire vérifier par les tribunaux étatiques le respect de telles dispositions par les arbitres au stade de l'exécution ou d'un éventuel recours contre la sentence.

Le droit suisse de l'arbitrage international permet de soumettre à l'arbitrage des litiges qui ne sont pas nécessairement arbitrables ailleurs, notamment les actions en annulation des décisions d'une personne morale⁷⁵. Dans la mesure où l'ordre juridique suisse reconnaît l'arbitrabilité des litiges en droit des sociétés, les organes du Registre du commerce doivent tenir compte de la sentence arbitrale et lui accorder la même valeur – si nécessaire constitutive – qu'aurait eue un jugement des tribunaux étatiques dans les mêmes circonstances⁷⁶. Les arbitres siégeant en Suisse n'ont pas à se préoccuper de la suite que donneront à leur sentence les autorités étrangères – que ce soit le juge ou le registre du commerce à l'étranger – au stade de l'exécution de la sentence. Le Tribunal fédéral a appréhendé ce risque, tout en reconnaissant qu'en optant pour la réglementation matérielle de l'arbitrabilité, le législateur fédéral a choisi une solution qui n'exclut pas que des sentences rendues en Suisse ne seront pas exécutées dans tel ou tel pays; il l'a fait cependant en toute connaissance de cause, laissant les parties seules juges du risque qu'elles encourent du fait d'une éventuelle non-reconnaissance de la sentence arbitrale, de sorte qu'il n'est pas possible de justifier une approche restrictive de l'arbitrabilité par l'existence de semblable risque⁷⁷. L'utilité pratique d'une sentence rendue en Suisse dans un domaine considéré comme arbitral en vertu de l'art. 177 LDIP mais dont l'arbitrabilité n'est pas reconnue dans un pays d'exécution de la sentence dépendra de la localisation des biens du débiteur dans d'autres Etats où le créancier pourrait aussi tenter de faire exécuter la sentence rendue en

⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral *G. c/ V.* du 28 avril 1992, Rev. arb. 1993, 124, avec note de L. Idot, p. 128. Sur l'application des lois de police étrangères par les arbitres, cf. Y. Derains, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à B. Goldmann, Paris 1982, p. 29; P. Mayer, L'interférence des lois de police, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Les dossiers de l'Institut de la CCI, No. 4401/1, 1986, p. 31.

⁷⁵ Kaufmann-Kohler/Rigozzi, *op. cit.*, no. 204.

⁷⁶ L'inscription ne sera refusée que s'il est manifeste qu'elle est contraire au droit, cf. ATF 121 III 368, JdT 1996 I 189, SJ 1996, 177; ATF 125 III 18, SJ 1999 I 233.

⁷⁷ ATF 118 II 353, c. 3d. Cette approche est approuvée par Poudret/Besson, *op. cit.*, no. 333 (avec références); cf. ég. Lalive/Poudret/Besson, *op. cit.*, no. 5 ad art. 177.

Suisse. Il appartient dès lors aux parties, et non aux arbitres, d'apprécier le risque d'un éventuel refus de la reconnaissance de la sentence à l'étranger⁷⁸.

3. *Les différents types de litiges arbitrables en droit des sociétés*

Une présentation complète du panorama des litiges issus de la vie des sociétés sort du cadre de la présente contribution. Mis à part les litiges de nature contractuelle, par exemple des litiges issus des conventions d'actionnaires, dont l'arbitrabilité n'est pas en cause en droit suisse, nous pouvons distinguer les quatre catégories suivantes de litiges arbitrables en droit des sociétés sur la base d'une clause d'arbitrage statutaire⁷⁹:

- Les **litiges relatifs à la création de la société**, par exemple à la responsabilité des fondateurs selon l'art. 753 CO en relation avec les art. 629 à 635a CO. Les arbitres peuvent, à la requête d'un des créanciers ou actionnaires, prononcer la dissolution de la société selon l'art. 643 al. 3 CO lorsque les intérêts de créanciers ou d'actionnaires sont gravement menacés ou compromis par le fait que des dispositions légales ou statutaires ont été violées lors de la fondation. La dissolution de la société prononcée par les arbitres doit être reconnue par le Registre du commerce, car la sentence est définitive dès sa communication selon l'art. 190 al. 2 LDIP et le tribunal suisse certifie, sur requête d'une partie, que la sentence est exécutoire⁸⁰.
- Les **litiges relatifs au fonctionnement de la société**, par exemple, quant au fonctionnement de l'assemblée générale, les actions en annulation ou encore en constatation de la nullité dirigées contre les décisions de l'assemblée générale selon les art. 706 à 706b CO⁸¹. Les arbitres peuvent contrôler le respect des normes légales dans la gestion de la société mais ne peuvent pas se substituer aux organes. L'art. 716a al. 1 ch. 1 CO conférant au conseil d'administration l'attribution intransmissible et inaliénable d'exercer la haute direction de la société et d'établir les instructions nécessaires, le tribunal arbitral ne peut pas se substituer aux organes de la société,

⁷⁸ Dans ce sens, cf. ég. Message du Conseil fédéral, FF 1983 I 337; arrêt du Tribunal fédéral *G. c/ V.* du 28 avril 1992, c. 5c/aa, Rev. arb. 1993, 124, p. 126 avec note de L. Idot.

⁷⁹ Pour un examen de ce sujet en droit belge et français, cf. Hanotiau, *L'arbitrabilité*, *op. cit.*, p. 163-170 avec de nombreuses références.

⁸⁰ Cf. Lévy, *op. cit.*, p. 80 s.

⁸¹ Cf. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *op. cit.*, § 25, no. 67; sentence arbitrale du 14.5/8.7.1991, BJM 1993 198, partiellement reproduit in Bul. ASA 1993, No. 4, 520, confirmant qu'un tribunal arbitral peut, en principe, connaître d'une action en annulation d'une décision de l'assemblée générale.

pas plus que ne le peuvent les juges étatiques. C'est en effet une question de « justiciabilité » et non pas de l'arbitrabilité du contrôle de l'opportunité commerciale des décisions prises par les organes. En matière de responsabilité – civile par opposition à la responsabilité pénale – des administrateurs et de l'organe de révision, les litiges sont en principe arbitrables⁸².

- Les **litiges relatifs au statut et aux droits des actionnaires**, par exemple à la participation aux bénéfices et aux pertes selon les art. 660 ss CO ou à la perte (volontaire ou forcée) de la qualité de membre d'une société. Les droits de contrôle des actionnaires peuvent aussi être examinés par les arbitres. Par exemple, si lors de l'assemblée générale, les renseignements ou la consultation ont été indûment refusés à un actionnaire, le tribunal arbitral désigné et valablement constitué peut statuer sur la requête selon l'art. 697 al. 4 CO. Les arbitres peuvent aussi désigner un contrôleur spécial selon l'art. 697b CO⁸³.
- Les **litiges relatifs à la restructuration, liquidation et dissolution des sociétés**, par exemple les litiges basés sur l'art. 106 LFus⁸⁴. Cette disposition permet aux associés des sujets participants qui n'ont pas approuvé la décision de fusion, scission ou de transformation de l'attaquer en justice, respectivement de la soumettre à l'arbitrage, dans un délai de deux mois à compter de la publication dans la Feuille officielle suisse de commerce (FOSC) ou, si la publication n'est pas requise, dès la date de la décision. L'art. 736 ch. 4 CO permet aux juges, respectivement aux arbitres, de prononcer la dissolution de la société lorsque des actionnaires représentant ensemble 10 pour cent au moins du capital-actions requièrent la dissolution pour de justes motifs.

L'arbitrabilité de certains litiges relatifs au fonctionnement de la société dépend du type de procédure applicable. L'arbitrage est une procédure contradictoire par définition. Ainsi, le tribunal arbitral peut trancher des litiges qui relèvent de la juridiction contentieuse, mais non pas celles qui relèvent de la juridiction gracieuse. La juridiction est gracieuse lorsque les autorités apportent seulement leur concours aux particuliers pour

⁸² Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *op. cit.*, § 36, no. 118; Lévy, *op. cit.*, p. 82 avec les références citées en note de bas de page 25.

⁸³ Lévy, *op. cit.*, p. 82 avec les références citées en note de bas de page 26.

⁸⁴ Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003, RS 221.301.

la création, la modification ou la suppression de droits privés⁸⁵. Par exemple, la désignation d'un organe de révision selon l'art. 727f CO ou la désignation d'un contrôleur spécial selon l'art. 697a al. 2 CO par le juge, relèvent de la juridiction gracieuse et ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'un arbitrage. L'importance pratique des litiges relevant de la juridiction gracieuse en droit des sociétés est minime, la juridiction contentieuse étant la règle.

Une autre limite au principe général de l'arbitrabilité des litiges en matière de sociétés résulte du chevauchement du droit des sociétés avec le droit de la faillite, car l'arbitrage entretient des rapports difficiles avec ce dernier. Les difficultés proviennent de l'incompatibilité entre le caractère collectif de la procédure d'exécution forcée, d'un côté, et l'effet relatif de la convention d'arbitrage, de l'autre côté⁸⁶. Par exemple, les avis obligatoires selon les art. 725, 725a et 729c CO doivent nécessairement être déposés auprès d'un juge étatique et non pas auprès d'un arbitre⁸⁷. L'examen détaillé de cette problématique sort du cadre de la présente contribution et nous nous limiterons à signaler ici quelques caractéristiques principales de l'arbitrage en droit de la faillite⁸⁸:

- Le prononcé de la faillite en tant que tel ne rend pas le litige inarbitrable mais l'inarbitrabilité peut toutefois résulter des liens intrinsèques entre la cause et la procédure de faillite⁸⁹. Par exemple, la déclaration de faillite elle-même ainsi que les litiges de pur droit de la faillite relèvent de la compétence exclusive du juge de la faillite;

⁸⁵ F. Hohl, Procédure civile, Vol. I, Berne 2001, no. 30.

⁸⁶ Cf. ég. la jurisprudence américaine publiée in ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXV, 2000, 1064 et 1138 avec les références citées.

⁸⁷ Dans le même sens, Lévy, *op. cit.*, p. 82.

⁸⁸ Sur l'arbitrage et le droit de la faillite, cf. G. Kaufmann-Kohler/L. Lévy, Insolvency and International Arbitration, in *The Challenges of the Insolvency Law Reform in the 21st Century*, H. Peter/N. Jeandin/J. Kilborn (éds), Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 257 ss; L. Lévy, Insolvency in Arbitration (Swiss Law), *International Arbitration Law Review* 2005, Vol. 8, Issue 1, 23; D. Brown-Berset/L. Lévy, Faillite et arbitrage, *Bul. ASA* 1998, Vol. 16, No. 4, 664; F. Poudret, Faillite et arbitrage international, *Bul. ASA* 2007, Vol. 25, No. 1, 36; M. Bernet, Schiedsgericht und Konkurs einer Partei, in *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung*, Mélanges en l'honneur de F. Kellerhals, Berne 2005, p. 3 ss; P. Fouchard, Arbitrage et faillite, *Rev. arb.* 1998, 471; J.-P. Ancel, Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985, *Rev. arb.* 1987, 127; F. Mantilla-Serrano, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, *Arb. Int.* 1995, 51; Poudret/Besson, *op. cit.*, no. 361 ss.

⁸⁹ Sur les effets de la faillite d'une société sur l'arbitrage commercial international, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_428/2008 du 31 mars 2009 (arrêt *Vivendi*), en particulier c. 3.2 sur le droit applicable à l'exercice des droits civils et la capacité d'être partie à la procédure. Pour une solution différente, cf. la jurisprudence anglaise dans la même affaire *Syska (Elektrim SA) c/ Vivendi Universal SA*, [2008] EWCH 2155 (Comm), jugement du *Commercial Court* du 2 octobre 2008, confirmé récemment par le *Court of Appeal*, [2009] EWCA Civ 677.

- Il en va différemment des litiges du droit matériel dont le sort a une incidence sur la créance produite en procédure d'exécution forcée: les actions de droit matériel intentées dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée (par exemple les actions en reconnaissance ou en libération de dette, en répétition de l'indu et en validation de séquestre) sont arbitrables en principe (toutefois elles ne sont pas couvertes par la clause d'arbitrage statutaire)⁹⁰;
- Le principe même de l'arbitrabilité de l'action révocatoire, de l'action en contestation de l'état de collocation et de l'action en revendication dans la saisie est controversé⁹¹.

Conclusion

L'expansion de l'arbitrage vers le droit des sociétés est un constat qui s'impose au regard des développements actuels au niveau international, en droit étranger et dans la pratique de certaines grandes sociétés. L'arbitrage présente de nombreux avantages qui ont abouti à sa reconnaissance générale dans le commerce international. Les problèmes propres au droit des sociétés créent un effet de levier et accentuent l'importance de certains de ces avantages. Nonobstant les incertitudes et les questions juridiques laissées ouvertes quant à la formation et la portée des clauses compromissoires statutaires, nous concluons que de telles clauses ont un avenir certain en droit suisse.

Le caractère libéral du droit suisse de l'arbitrage international, en général, et la jurisprudence du Tribunal fédéral ayant admis que l'adhésion à une clause compromissoire contenue dans un écrit ne doit pas nécessairement elle-même respecter la forme écrite, en particulier, nous amènent à conclure au principe de la validité formelle de la clause compromissoire statutaire en droit suisse. Les problèmes potentiels liés à la coordination du régime de la validité formelle d'une telle clause sous l'empire de l'art. 178 al. 1 LDIP et sous l'empire de l'art. 6 al. 2 CIA disparaîtront avec l'entrée en vigueur du Code de procédure civil suisse dont l'art. 356 reprend la teneur de l'art. 178 al. 1 LDIP.

La validité matérielle de la clause compromissoire statutaire doit être examinée dans chaque cas d'espèce et dépend notamment de la formulation

⁹⁰ ATF 56 III 233; ATF 101 III 58, JdT 1978 II 47; ATF 108 III 41, JdT 1984 II 34; ATF 112 III 120, SJ 1987, 280. Cf. ég. Poudret/Besson, *op. cit.*, no. 362 s.; Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.*, no. 3 ad art. 5 CIA; F. Knoepfler, in Rev. arb. 1993, 698; F. Vischer/L. Huber/D. Oser, Internationales Vertragsrecht, 2ème éd., Berne 2000, no. 1393; Rüede/Hadenfeldt, *op. cit.*, p. 51.

⁹¹ En faveur de l'arbitrabilité, cf. Brown-Berset/Lévy, *op. cit.*, p. 672 s.; *contra* F. Knoepfler, in Rev. arb. 1993, 698; Rüede/Hadenfeldt, *op. cit.*, p. 51. Cf. ég. Poudret/Besson, *op. cit.*, no. 363.

adoptée par les auteurs de la clause. La prise en compte des spécificités de l'arbitrage en droit des sociétés, notamment du champ d'application *ratione personae* d'une clause compromissoire statutaire, des limites à l'arbitrabilité et des difficultés potentielles qui peuvent surgir en cas de désaccord entre les conjoints sur la candidature d'un membre du tribunal arbitral, devrait permettre d'assurer la validité matérielle des clauses d'arbitrage figurant dans les statuts des sociétés.

Tetiana BERSHEDA, *Les clauses d'arbitrage statutaires en droit suisse*

Summary

The expansion of arbitration towards company law is an obvious reality in light of present developments at an international level, in foreign law and in the practice of certain large companies. The particular problems inherent to company law generate a leverage effect and accentuate the importance of the advantages of this method of dispute settlement. Despite the uncertainties and open questions relating to the formation and scope of arbitration clauses contained in the articles of association, such clauses are likely to become more commonly used. The liberal character of the Swiss law of international arbitration, in general, and the case law of the Swiss Federal Court recognizing that assenting to an arbitration clause contained in a written document must not necessarily itself respect the written form, in particular, confirm the formal validity of an arbitration clause contained in the company's articles under Swiss law. The potential problem relating to the coordination of the formal validity of such a clause under Section 178(1) PILA and under Section 6(2) *Concordat* will disappear with the entry into force of the Swiss Code of Civil Procedure, whereby Section 356 will be in line with Section 178(1) PILA. The material validity of an arbitration clause contained in the articles of association must be examined on a case-by-case basis. It is ensured by accurate drafting and taking into account of the specificities of arbitration in company law, namely of the scope of application *ratione personae* of an arbitration clause contained in the articles, of the limitations on arbitrability of certain disputes and of the potential difficulties that can arise in case of disagreement between co-claimants or co-defendants in relation to the constitution of the arbitral tribunal.

Submission of manuscripts: Manuscripts and related correspondence should be sent to the Editors. At the time the manuscript is submitted, written assurance must be given that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere. The author will be notified of acceptance, rejection or need for revision within eight to twelve weeks. Manuscripts may be drafted in German, French, Italian or English. They should be submitted by e-mail to the Editors (pr.lalive@lalive.ch; mscherer@lalive.ch) and may range from 3,000 to 8,000 words, together with a summary of the contents in English language (max. 1/2 page). The author should submit biographical data, including his or her current affiliation.

Aims & Scope

Switzerland is generally regarded as one of the World's leading sites for arbitration proceedings. The membership of the Swiss Arbitration Association (ASA) is graced by many of the world's best-known arbitration practitioners. The Statistical Report of the International Chamber of Commerce (ICC) has repeatedly ranked Switzerland first for place of arbitration, origin of arbitrators and applicable law.

The ASA Bulletin is the official quarterly journal of this prestigious association. Since its inception in 1983 the Bulletin has carved a unique niche with its focus on arbitration case law and practice worldwide as well as its judicious selection of scholarly and practical writing in the field. Its regular contents include:

- Articles
- Leading cases of the Swiss Federal Supreme Court
- Leading cases of other Swiss Courts
- Selected landmark cases from foreign jurisdictions worldwide
- Arbitral awards and orders under various auspices including ICC, ICSID and the Swiss Chambers of Commerce (“Swiss Rules”)
- Notices of publications and reviews

Each case and article is usually published in its original language with a comprehensive head note in English, French and German.

Books and Journals for Review

Books related to the topics discussed in the Bulletin may be sent for review to the Editor (Matthias Scherer, LALIVE, P.O. Box 6569, 1211 Geneva 6, Switzerland).