

# L'arbitrage des litiges en matière de sociétés

Patrick Kinsch

Avocat à la Cour  
Professeur invité à l'Université du Luxembourg



Si ceci était une conférence de spécialistes de l'arbitrage<sup>1</sup>, on s'attendrait à une discussion savante, centrée sur une ou plusieurs questions hautement techniques comme celles-ci : les frontières de l'arbitrabilité des litiges en matière de sociétés, la forme de la convention d'arbitrage (disposition des statuts ou stipulation d'un pacte extrastatutaire, etc.), le pouvoir des dirigeants sociaux de compromettre, l'extension à l'intérieur d'un groupe de sociétés des effets d'une clause compromissoire, et ainsi de suite. Mais ce genre de discussion n'est pas vraiment à sa place devant ce public de spécialistes du droit des sociétés, dont l'intérêt porte soit sur des questions de politique juridique, soit sur des questions d'ordre pratique ayant trait à la réglementation du droit de sociétés. Ce qui intéresse réellement dans le cadre de cette conférence, c'est de savoir si l'arbitrage (c'est-à-dire la justice arbitrale) peut constituer, en matière de sociétés, une réelle alternative à la justice qu'assurent les tribunaux institués par la loi (dans le langage des spécialistes de l'arbitrage : la justice étatique).

Consacrons quelques mots à bien situer l'objet de notre contribution : Qu'est-ce que l'arbitrage, et comment s'organise-t-il ? L'arbitrage n'est pas un mécanisme purement contractuel – en particulier, les arbitres ne sont pas les mandataires des parties, ce sont des juges privés dont l'impartialité est de l'essence de l'arbitrage – mais il consiste néanmoins à instituer une juridiction sur base d'un accord contractuel, la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage peut prendre deux formes : le compromis, accord qui tend au jugement d'un litige déjà né par des arbitres désignés par le compromis ; et la clause compromissoire, par laquelle les parties s'engagent, à propos d'un rapport de droit déterminé, à ne pas le soumettre au juge étatique, mais à le confier aux arbitres qui seront nommés ultérieurement, après la naissance d'un éventuel litige. Les arbitres peuvent être des juristes et le seront fréquemment, mais pas dans tous les cas : il peut arriver que les parties désignent comme arbitres des personnes qui, devant la justice étatique, seraient nommées experts ; par exemple, des tribunaux arbitraux composés partiellement, ou même totalement, d'experts comptables peuvent être institués. Rien ne s'oppose non plus au choix comme arbitres de commerçants, qui auront l'avantage de bien connaître la branche d'activité dans laquelle sont également actifs les parties, mais dont la nomination peut présenter un inconvénient : il est assez rare qu'un commerçant connaisse le droit de l'arbitrage... Ainsi, un hôtelier de la Ville de Luxembourg, nommé arbitre à propos de la construction d'un hôtel de luxe à Moscou, s'était (il faut le présumer) donné beaucoup de mal pour juger l'affaire qui lui avait été soumise, mais avait raté le délai prescrit par le Code pour rendre sa sentence, qui a été annulée<sup>2</sup>.

Autre point par lequel la justice arbitrale et la justice étatique se distinguent : même si en règle générale l'arbitrage est un arbitrage en droit, dans lequel les litiges sont censés être jugés par application des mêmes règles que celles qu'appliquent les tribunaux étatiques, l'article 1240 du Nouveau Code de pro-

<sup>1</sup> Exemple français (le droit luxembourgeois de l'arbitrage étant, comme le droit luxembourgeois de la procédure civile en général, d'inspiration française) : le colloque sur le thème « Arbitrage et sociétés » du Comité français de l'arbitrage, dont les actes ont été publiés à la *Rev. arb.*, 2013, pp. 605-720.

<sup>2</sup> Cf. Cour d'appel, 2 avril 2014, *Pas. lux.*, 37, p. 161.

cédures civiles permet aux parties de donner, par une stipulation particulière de la convention d'arbitrage, aux arbitres le pouvoir de prononcer en amiables compositeurs, c'est-à-dire de faire prévaloir leur conception de l'équité sur l'application stricte des règles de droit, mais dans le respect des règles d'ordre public.

L'arbitrage peut être un arbitrage institutionnel, dont l'organisation est déléguée à une institution choisie par les parties – au Luxembourg, la Chambre de commerce tient à leur disposition les services de son Centre d'arbitrage – ou un arbitrage *ad hoc*, organisé par les parties elles-mêmes et par les arbitres choisis par elles.

Nous verrons la part de la *réalité* dans l'arbitrage en matière de sociétés au Luxembourg (I), puis la part du *rêve*, ou du cauchemar (II).

#### I. – LES DONNÉES DE BASE RELATIVES À L'ARBITRAGE DES LITIGES EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

Les données de base du contentieux dans une matière déterminée sont d'un côté son encadrement juridique, de l'autre des données quantitatives, du type des données qui viennent d'être communiquées à propos du contentieux des sociétés devant les tribunaux luxembourgeois<sup>3</sup>. S'agissant de l'arbitrage au Luxembourg en revanche, seules les données relatives à son encadrement juridique peuvent être données (A) ; des données quantitatives exactes ne sont pas disponibles (B).

##### A – Encadrement juridique

Il ne s'agit pas d'expliquer ici l'ensemble du régime juridique de l'arbitrage, qui comprend entre autres le déroulement de l'instruction des causes devant les arbitres, les effets des sentences arbitrales et les voies de recours existantes contre elles. Ce qui nous intéresse, c'est la question de savoir si, et sous quelles conditions, l'arbitrage de litiges en matière de sociétés est possible au Luxembourg.

Parlons d'abord des conditions de forme. Le droit luxembourgeois de l'arbitrage se distingue, à cet égard, par son libéralisme. Il admet, se démarquant (depuis une réforme du Code de procédure civile en 1939) du droit français, la validité de la clause compromissoire en toute matière<sup>4</sup> : commerciale ou civile, liée ou non à l'exercice d'une activité professionnelle. La clause compromissoire peut être stipulée comme clause accessoire d'un accord de cession de parts sociales, d'un accord extrastatutaire entre associés, ou encore des statuts de la société, étant entendu qu'une clause régulièrement insérée dans les statuts s'impose à tous les associés, présents ou futurs<sup>5</sup>. Cette liste des actes pou-

<sup>3</sup> Voy. *supra*, la contribution d'André Prüm.

<sup>4</sup> P. KINSCH, « La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage », *Bull. Laurent*, 1997, II, p. 61.

<sup>5</sup> O. CAPRASSE, « Les décisions sociales », *Rev. arb.*, 2013, spéc. p. 698 cite à cet égard la portée reconnue aux clauses attributives de juridiction au regard de la Convention de Bruxelles du 27 sep-

vant comporter une clause compromissoire n'est pas exhaustive : tout type de contrat en matière de sociétés peut comporter, comme stipulation accessoire, une clause compromissoire.

Quant au fond, la convention d'arbitrage produira ses effets, à condition que le litige soit un litige arbitrable.

L'arbitrabilité est l'aptitude pour un litige d'être soumis à l'arbitrage<sup>6</sup>. En droit luxembourgeois, l'arbitrabilité des litiges dépend d'un seul critère : la disponibilité des droits en cause<sup>7</sup>. Or, en matière de droit des sociétés, les droits des parties sont disponibles ; le fait que certaines règles du droit des sociétés soient d'ordre public n'est plus aujourd'hui considéré comme un obstacle à l'arbitrage. La vision ancienne, restrictive, selon laquelle il suffisait qu'une règle d'ordre public soit applicable pour que le litige devienne inarbitrable n'a actuellement cours, et il est reconnu que les arbitres sont aptes à appliquer les règles d'ordre public – et obligés de les appliquer – au même titre que les tribunaux étatiques<sup>8</sup>. Et le fait qu'une sentence puisse le cas échéant produire des effets à l'égard de tiers par rapport à l'arbitrage ne devrait pas non plus constituer une cause d'inarbitrabilité implicite<sup>9</sup>.

Selon ce critère de la disponibilité des droits litigieux, il convient de considérer comme arbitrables en droit luxembourgeois les litiges en matière de

tembre 1968 par CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, ECLI:EU:C:1992:115, pts 17 à 19 : « ... une clause attributive de juridiction figurant dans les statuts d'une société anonyme constitue une convention, au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles, liant l'ensemble des actionnaires. – Il importe peu que l'actionnaire, à l'encontre duquel la clause attributive de juridiction est invoquée, se soit opposé à l'adoption de cette clause ou qu'il soit devenu actionnaire après l'adoption de cette clause. – En effet, en devenant et en devenant actionnaire d'une société, l'actionnaire donne son consentement pour se soumettre à l'ensemble des dispositions figurant dans les statuts de la société et aux décisions adoptées par les organes de la société, conformément aux dispositions du droit national applicable et des statuts, même si certaines de ces dispositions ou décisions ne rencontrent pas son accord ».

<sup>6</sup> B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés », *Mélanges Claude Reymond*, Paris, Litec, 2004, pp. 97 et s. ; O. CAPRASSE, « Les décisions sociales », *Rev. arb.*, 2013, p. 673.

<sup>7</sup> Art. 1224 NCPC : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

<sup>8</sup> Cour d'appel, 9 avril 2000, *Pas. lux.*, 31, p. 301 ; pour l'évolution des solutions en droit luxembourgeois, voy. P. KINSCH, « La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 39 et s.

<sup>9</sup> L'article 1243 du NCPC (« Les jugements arbitraux ne pourront, en aucun cas, être opposée à des tiers ») est, depuis longtemps, considéré comme n'étant que l'expression du droit commun de la relativité de la chose jugée, et non comme une restriction à l'arbitrabilité des causes intéressant les tiers (P. KINSCH, « La législation luxembourgeoise en matière d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 46-47). Au-delà de ce texte, dont la présence (ou l'absence) n'apporte rien à l'ordre juridique, les problèmes de l'opposabilité aux tiers des sentences arbitrales sont réels, mais non insolubles ; voy. en matière d'arbitrage en matière de sociétés Ch. SERAGLINI, « Les effets de la sentence », *Rev. arb.*, 2013, p. 705 ; *addé* la récente étude d'ensemble de S. BOLLEÉ, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », *Rev. arb.*, 2015, p. 695. Afin que la solution – rationnelle – d'opposabilité des sentences arbitrales aux tiers, dans les mêmes conditions que les jugements des tribunaux étatiques, puisse s'imposer sans heurter le principe fondamental de la garantie des droits et de l'accès à la justice, il faudra toutefois que les tiers auxquels les sentences sont ainsi opposées puissent former contre elles tierce-opposition (devant une juridiction étatique, sauf nouvelle convention d'arbitrage), dans les mêmes conditions que contre les jugements. Il appartient au droit luxembourgeois de garantir ce droit des tiers à une voie de recours.

cessions d'actions, de responsabilité des dirigeants<sup>10</sup>, de dissolution des sociétés<sup>11</sup>, et même – à notre avis – les litiges en matière de nullité de sociétés<sup>12</sup> ou de validité des décisions des organes sociaux. Tous les litiges en matière de droit des sociétés devraient par conséquent être considérée comme arbitrables.

Mais combien d'entre eux sont effectivement soumis à un arbitrage ? La réponse à cette question serait assurément intéressante, mais elle est rendue difficile à défaut de statistiques :

#### B – Absence de données quantitatives

Il est impossible d'obtenir des statistiques, équivalentes à celles qui peuvent exister à propos du contentieux judiciaire des sociétés, en ce qui concerne le contentieux arbitral. La raison en est, tout à fait banalement, que celui-ci est par nature un contentieux confidentiel, et que la confidentialité peut même être l'un des avantages recherchés par les parties dans la soumission de leurs litiges à des arbitres<sup>13</sup>.

Ce que l'on peut affirmer, c'est que l'arbitrage institutionnel – représenté, au Luxembourg, par le Centre d'arbitrage de la Chambre de commerce – sans gérer un nombre énorme d'arbitrages, gère un nombre important d'arbitrages en matière de droit des sociétés : 70 % des causes soumises au Centre d'arbitrage auraient trait au droit des sociétés, soit qu'elles intéressent le fonctionnement des sociétés (auquel cas il s'agira d'une clause compromissoire insérée dans un *shareholders agreement* ou autre pacte extrastatutaire, mais non, dans la pratique du Centre d'arbitrage, d'une clause compromissoire insérée dans les statuts de la société), soit qu'elles aient trait aux difficultés auxquelles donnent lieu des accords de cession de parts sociales.

L'arbitrage *ad hoc* est plus fréquent que l'arbitrage institutionnel. On y rencontre les mêmes types de contentieux que ceux que l'on observe devant le Centre d'arbitrage de la Chambre de commerce ; là encore, on constate

<sup>10</sup> Cf. en jurisprudence française (dont les solutions sont transposables au droit luxembourgeois) Paris, 7 octobre 2014, deux arrêts, *Rev. arb.*, 2015, p. 528, note A. COURET. Le problème peut tenir à la règle que les dirigeants devront avoir personnellement consenti à l'arbitrage afin d'être soustraits aux juges ordinaires ; or le consentement des associés (sauf si les dirigeants ont eux-mêmes cette qualité) ou de la société ne suffit pas, et le dirigeant sera considérés comme un tiers à la société au regard de la clause compromissoire (A. COURET, note préc., p. 540 et D. COHEN, *Arbitrage et société*, Paris, L.G.D.J., 1993, n° 134).

<sup>11</sup> En jurisprudence française Com., 30 janvier 1967, *Rev. arb.*, 1967, p. 92 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 février 2013, Paris, 20 janvier 2015 et Paris, 7 avril 2015, *Rev. arb.*, 2015, p. 797, note D. COHEN. L'arrêt du 20 janvier 2015 décide cependant, pour annuler la sentence arbitrale, qu'il est nécessaire que la société soit partie à l'arbitrage : une sentence décidant la dissolution de la société « n'affecte pas seulement les relations entre les co-associés mais a pour effet de mettre fin à l'existence même de la société ARZ ; que la circonstance qu'elle ait été rendue en l'absence de la société dissoute est une cause de nullité et non d'inopposabilité à la principale intéressée ».

<sup>12</sup> D. COHEN, *Arbitrage et société*, op. cit., n°s 292 et s., démontre le mal fondé des objections traditionnelles à l'arbitrabilité de ces litiges.

<sup>13</sup> Voy. *infra*, II, A.

empiriquement qu'il n'est pas d'usage au Luxembourg d'inclure des clauses compromissoires dans les statuts de sociétés<sup>14</sup>.

Actuellement, il ne saurait être question de l'arbitrage comme facteur concurrençant sérieusement les tribunaux étatiques. À partir de là, on pourrait souhaiter soit qu'il en reste ainsi et que l'arbitrage se développe certes mais sans absorber la totalité, ou même la majorité, du contentieux, soit que l'arbitrage connaisse un développement spectaculaire, au point d'aboutir à la soumission de tous les litiges, ou de la plupart des litiges en matière de sociétés, à une justice privée. Le deuxième type de souhait est parfois formulé, mais il est de l'ordre de la folie ; voyons pourquoi.

## II. – RE COURS À L'ARBITRAGE ET CHOIX DE LA PRIVATISATION DU CONTENTIEUX DES SOCIÉTÉS

Il peut y avoir de très bonnes (comme de très mauvaises) raisons d'avoir recours à l'arbitrage (A), mais la perspective de voir privatiser complètement le contentieux en matière de droit des sociétés est une vision qui relève de la dystopie (B).

### A – Les bonnes (et les mauvaises) raisons du recours à l'arbitrage

a) Commençons par les mauvaises raisons de stipuler une clause compromissoire en matière des sociétés. Première mauvaise raison : avoir mal compris une propagande pro-arbitrale naïve selon laquelle l'arbitrage permettrait, contrairement à la justice étatique, de résoudre les litiges de manière rapide et à peu de frais. Cette idée de l'arbitrage pouvait être exacte autrefois, lorsque les arbitres étaient des commerçants qui entendaient aider d'autres commerçants à résoudre leurs litiges sans avoir recours aux tribunaux. La justice arbitrale pouvait être, à cette époque, une justice expéditive et donc rapide, mais ce n'était pas une justice qui était l'équivalent, en termes d'expertise juridique, de la justice étatique.

Aux États-Unis (mais qui voudrait comparer la justice luxembourgeoise à la justice américaine ?), il reste toujours exact que le recours à l'arbitrage permet d'obtenir une résolution relativement expéditive et économique des litiges : c'est ce qui explique le recours massif à l'arbitrage aux États-Unis dans un contentieux de masse comme l'est le contentieux du travail ou le contentieux de la consommation<sup>15</sup>. La raison en est que la *pre-trial discovery*, élément caractéristique du contentieux devant les tribunaux étatiques américains et qui est très chronophage (et donc productif en termes d'honoraires d'avocats), n'existe pas ou n'existe que de manière limitée devant les tribunaux arbitraux. Le Luxembourg ne connaît pas de procédure de *pre-trial discovery* aussi performante

<sup>14</sup> En France en revanche, « [I]a clause compromissoire figurant dans les statuts d'une société commerciale semble fréquente » (D. COHEN, *Arbitrage et société*, op. cit., n° 383).

<sup>15</sup> Le recours aux clauses compromissoires dans ces domaines est considéré comme licite aux États-Unis d'Amérique. Il ne le serait pas au Luxembourg.

(ni aussi coûteuse) que les États-Unis, si bien que cette raison d'avoir recours à l'arbitrage n'y est pas transposable.

La réalité est celle-ci : au Luxembourg, la justice arbitrale peut être plus longue que la justice étatique – tel sera le cas si la sentence rendue au Luxembourg doit être soumise à une procédure d'executatur avec toutes les voies de recours actuellement ouvertes en droit luxembourgeois – et elle est en général plus coûteuse<sup>16</sup>.

Deuxième mauvaise raison d'avoir recours à l'arbitrage : le souhait d'échapper à la justice étatique parce que celle-ci risque de communiquer au ministère public des infractions pénales dont elle obtient connaissance ; ou l'espoir de voir les arbitres valider des violations du droit des sociétés<sup>17</sup>. Ni l'un ni l'autre de ces motivations ne sont acceptables.

À côté de ce dernier type de motivation, qui est illicite, peut figurer une raison honnête, mais néanmoins (à notre avis) critiquable, le souhait de ne pas voir s'appliquer certains aspects de la jurisprudence des tribunaux étatiques :

« Evoquons encore l'intérêt éventuel de profiter de la souplesse de l'arbitrage pour espérer une meilleure prise en compte de la force des promesses unilatérales quelque peu malmenées par la troisième Chambre civile et par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. De même encore l'arbitrage sera-t-il sans doute plus sensible à la valeur des déclarations précédant une garantie de passif qui ne laisse généralement le juge pas enclin à sanctionner vigoureusement des déclarations inexactes »<sup>18</sup>.

Ce qu'il y a de critiquable derrière cette dernière approche, ce n'est pas la revendication de la liberté des arbitres à l'égard de la jurisprudence de la Cour de cassation – les arbitres sont aussi libres que les juges étatiques de ne pas suivre cette jurisprudence –, c'est qu'elle peut mener à des solutions qui relèvent d'une espèce d'ordre juridique *bis*, distinct de l'ordre juridique étatique officiel, et qui régit des litiges en matière de droit des sociétés pour la seule raison que les parties ont choisi de les confier à des arbitres qui favorisent les solutions de cet ordre juridique *bis*.

b) Venons-en maintenant aux bonnes raisons d'avoir recours à un arbitrage<sup>19</sup>. Dans certains litiges, la confidentialité (qui n'est pas le secret à l'égard des autorités publiques ou le non-respect des obligations d'information prévues

<sup>16</sup> Ce dernier problème n'est évidemment pas particulier au Luxembourg. Lors du *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, publié par la Queen Mary University de Londres et par le cabinet White & Case, 68 % des personnes sondées (ayant de l'expérience en matière d'arbitrage international) répondirent que les coûts de la procédure représentaient l'aspect le plus négatif de l'arbitrage (p. 7).

<sup>17</sup> D. COHEN, *Arbitrage et société*, op. cit., n° 30.

<sup>18</sup> A. COURET, « Les cessions de droits sociaux », *Rev. arb.*, 2013, p. 650, spé. p. 654.

<sup>19</sup> À côté des raisons que l'on lira au texte, il y en a une autre, particulière à l'arbitrage international : celle de la difficulté de se mettre d'accord, dans les relations contractuelles entre contractants de différentes nationalités, sur le tribunal étatique compétent, chacun redoutant (à tort ou à raison) la partialité des tribunaux nationaux de l'autre partie. Cette raison, légitime dans de nombreux cas de ce type, a nettement moins d'importance dans la plupart des relations entre associés : ceux-ci auront choisi de constituer leur société, mettons, au Luxembourg, et il n'y a pas de raison particulière tenant à leur nationalité pour qu'ils ne fassent pas confiance à sa justice.

par les règles de transparence financière<sup>20</sup>) est importante et légitime. Tous les litiges ne se prêtent pas à un reportage dans *Paperjam*.

Il y a ensuite l'élément d'expertise des arbitres. L'expertise est moins une expertise d'ordre juridique (il n'est pas vrai que les arbitres sont de meilleurs juristes que les juges étatiques ; fréquemment c'est le contraire qui est vrai), mais la possibilité de combiner des arbitres juristes avec des arbitres spécialistes d'autres techniques (p. ex. la comptabilité) peut conduire à faire l'économie d'une procédure d'expertise et ainsi accélérer et peut-être même améliorer considérablement le jugement de certains litiges.

Enfin, et c'est là la véritable (bonne) raison du recours à l'arbitrage, la justice arbitrale, tout en appliquant les mêmes règles de fond de la justice étatique, n'en est pas moins une autre justice.

Si tout se passe bien, l'atmosphère de l'arbitrage est bien plus agréable que l'atmosphère d'un procès devant les tribunaux étatiques ; la référence à la « vertu pacificatrice de l'arbitrage »<sup>21</sup> correspond souvent à la vérité. Pour le moins, les arbitres auront tendance à donner à la justice un visage plus humain que – certes non pas tous les juges étatiques, mais certains d'entre eux. Il y a des juges étatiques sympathiques, mais d'autres qui mettent en œuvre, comme si c'était une norme qui les lie directement, un édit de l'empereur chinois K'ang Hsi du 17<sup>e</sup> siècle :

« Les procès tendraient à se multiplier de façon effarante si les gens n'étaient pas effrayés d'aller devant les tribunaux et s'ils avaient confiance d'y trouver une justice facilement accessible et parfaite. L'homme étant exposé à se faire des illusions concernant ce qui est bon pour lui, les contestations seraient alors sans fin, et la moitié des sujets de notre empire ne suffiraient pas à régler les litiges de l'autre moitié. Je désire en conséquence que ceux qui s'adressent aux tribunaux soient traités sans aucune pitié, de telle manière qu'ils soient écourvés du Droit et qu'ils tremblent à l'idée de comparaître devant un magistrat »<sup>22</sup>.

Les tribunaux arbitraux consacreront par ailleurs beaucoup plus de temps à l'examen des faits des causes dont ils sont saisi. Leur rôle est en réalité celui de tribunaux de commerce statuant sur des litiges souvent importantes, mais qui le font en premier et dernier ressort, puisqu'il n'y a pas d'appel des sentences arbitrales. On constate ainsi qu'à la différence de nos juges étatiques, les tribunaux arbitraux entendent volontiers des témoins avant même d'avoir rendu une sentence avant dire droit. Ils ne considèrent pas non plus comme superflue l'audition de témoins sur les circonstances ayant entouré la négociation du contrat dont l'interprétation ou l'exécution est litigieuse. Aiment-ils pour autant perdre leur temps ? Certes non, mais ils considèrent que cela fait partie de leur mission...

<sup>20</sup> F. FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. arb.*, 2003, p. 5.

<sup>21</sup> A. COURET, « Les cessions de droits sociaux », *op. cit.*, p. 654.

<sup>22</sup> A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005, pp. 91-92.

### B – Une vision dystopique : la privatisation complète du contentieux en matière de sociétés

Cette vision dystopique, c'est celle de la soustraction systématique des questions d'interprétation de la loi sur les sociétés commerciales aux tribunaux étatiques et de leur soumission systématique à des tribunaux arbitraux privés. Cette vision ne risque pas de correspondre à la réalité, rassurons-nous. Mais elle est présente dans l'esprit de certains (pas nécessairement spécialistes de l'arbitrage, ni même du droit des sociétés) qui estiment qu'il conviendrait de stipuler systématiquement des clauses compromissoires dans les statuts de sociétés, ou dans des pactes extrastatutaires, pour permettre à des avocats spécialisés d'interpréter les clauses contractuelles qu'ils se chargent par ailleurs de rédiger.

Cette manière de faire n'aurait que des inconvénients. Elle permettrait réellement le développement d'un ordre juridique *bis* en droit des sociétés, à côté de l'ordre juridique officiel, puisque les sentences rendues ne sont pas soumises à révision au fond. Or les arbitres n'ont aucune légitimité à créer un ordre juridique *bis* et il est de loin préférable que l'activité des praticiens du droit des sociétés reste contrôlée par les tribunaux étatiques.

Par ailleurs, le résultat serait qu'il n'y aurait tout simplement plus de jurisprudence luxembourgeoise en matière de droit des sociétés. D'une part, le caractère confidentiel des sentences ferait que les efforts actuellement menés en vue de la transparence de la jurisprudence seraient mis à néant ; or la transparence de la jurisprudence est une bonne chose, y compris et surtout pour les praticiens « transactionnels » du droit des sociétés. D'autre part, l'absence de toute hiérarchie des juridictions arbitrales entraîne que les arbitres sont encore plus libres que les juges étatiques de former leur jurisprudence ou d'en dévier. Une « jurisprudence arbitrale » en matière de droit des sociétés, c'est en réalité une dénaturation de l'arbitrage : il serait illusoire pour les tribunaux arbitraux de vouloir jouer le rôle de la Cour de cassation. Leur véritable rôle est celui d'être des tribunaux de commerce dont les décisions ne sont pas sujettes à appel ou à cassation, et qui s'efforcent en conséquence de rendre des décisions aussi parfaites que possible, dans les limites de leurs possibilités.