

Lidia Sokołowska¹

**La protection des tiers en droit de l'arbitrage.
Quelques réflexions sur l'arbitrabilité
des litiges en droit polonais et comparé**

**Ochrona praw osób trzecich w arbitrażu.
Refleksje na temat zdatności arbitrażowej w prawie polskim i porównawczym**

Streszczenie:

Artykuł rozpatruje wciąż sporny w polskiej doktrynie prawa problem zdatności arbitrażowej w kontekście ochrony praw osób trzecich, na przykładzie sporów o uchylene uchwał spółek kapitałowych oraz unieważnienia patentów. Wykorzystując metodę prawnoporównawczą, artykuł przedstawia powyższy problem na gruncie różnorodnych europejskich porządków prawnych – polskiego, francuskiego, niemieckiego, belgijskiego i szwajcarskiego. Celem artykułu jest pokazanie możliwych rozwiązań, które mógłby zastosować polski ustawodawca podczas nowelizacji prawa arbitrażowego, przy założeniu, że problemem arbitrażu w kontekście praw osób trzecich jest nie tyle jego charakter kontraktowy, co poufność procedury.

Słowa kluczowe: zdatność arbitrażowa, ochrona praw osób trzecich w arbitrażu, analiza prawnoporównawcza

¹ L'auteur a terminé des études doctorales à l'Institut d'Etudes européennes de l'Université Jagellonne et est doctorante à l'Université Paris II Panthéon-Assas à Paris.

This article is based on the project Preludium n° 2014/13/N/HS5/01095 financed by the National Science Centre (Poland).

1. Introduction

Au titre des questions que soulèvent les relations entre l'institution de l'arbitrage et les tiers, on mentionne, généralement, celle de l'arbitrage multipartite dans le contexte de l'extension de la convention d'arbitrage à des non-signataires comprenant les sociétés en groupement², ou celle du financement de l'arbitrage par les tiers³.

Par comparaison, le lien entre la question de l'arbitrage et des tiers et celle de l'arbitrabilité des litiges paraît moins évident. Pourtant, il s'agit d'un terrain propice à la réflexion en raison, en particulier, des problèmes pratiques qui posent l'arbitrabilité objective, tant en droit polonais qu'en droit comparé.

En effet, même si le critère législatif d'arbitrabilité n'entre pas directement en jeu, certains litiges demeurent inarbitrables lorsqu'ils se heurtent à l'obstacle que constitue la nature contractuelle de l'arbitrage. Par conséquent, nous aborderons la question du tiers à l'arbitrage en retenant une conception *lato sensu*⁴ de l'arbitrabilité objective. Pour le besoin de la présente étude, cela comprend l'étendue de la convention d'arbitrage – tant de la clause d'arbitrage que du compromis – qui porte sur un objet reconnu arbitral, d'une part, ainsi que l'autorité de la chose jugée de la décision concernant un litige arbitral, d'autre part.

En ce qui concerne la notion des tiers, celle-ci est relative. En droit civil, elle signifie qu'une personne n'est pas partie à un acte juridique ou à un litige⁵. Toutefois, le concept varie en fonction du contexte. Dans le sens du droit des obligations, il renvoie au «*penitus extranei*», désignant un tiers absolu à un contrat «tout à fait étranger», à une personne ayant une cause, ou à un créancier⁶. Quand à l'arbitrage, dont le déroulement et le résultat est confidentiel⁷, les tiers, qui peuvent être intéressés par celui-ci, ne sont pas suffisamment engagés dans la procédure arbitrale, ou ne sont pas conscients de son existence, ce qui les place dans une situation procédurale ou factuelle défavorable par rapport aux parties à l'arbitrage.

Dans la première hypothèse, il s'agit des tiers potentiellement intéressés par le déroulement de l'arbitrage puisque son effet peut avoir un impact sur leur situation juridique, comme c'est le cas des litiges portant sur la validité des décisions des organes

² Comme décrit, notamment, dans les ouvrages: J.-L. Delvolvé, *L'arbitrage et les tiers: III. – Le droit de l'arbitrage*, *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage 1988, vol. 1988, issue 3, p. 501–556; B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2006.

³ Il s'agit de l'impact du financement de l'arbitrage sur le principe d'accès au juge, si une partie incapable d'assumer les frais de la procédure arbitrale reste liée par la clause d'arbitrage. Parmi les solutions alternatives, le *crowd-funding* constitue une possibilité.

⁴ Il ne faut pas confondre l'arbitrabilité au sens large ainsi conçue avec l'arbitrabilité en tant que concept d'arbitrabilité en droits de Common Law (le champ d'application de la clause d'arbitrage en tant que critère d'arbitrabilité *lato sensu*), v. B. Hanotiau, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, Paris 1994, p. 960.

⁵ En droit français v. R. Cabrillac, *Le Dictionnaire du vocabulaire juridique* (dir.), Paris 2008. En droit polonais cf. p. ex. l'art. 822 §1 du Code civil (ci-après KC).

⁶ R. Cabrillac, *op.cit.*

⁷ Sauf si les parties en ont convenu autrement de manière expresse.

collectifs de la société – les litiges internes à la vie de société. Dans ce cas, le manque des garanties procédurales relatives à la possibilité de remettre en question la décision arbitrale s'oppose à l'arbitrabilité, les tiers à l'arbitrage étant dépourvus des droits qu'ils auraient devant le juge⁸. Dans la deuxième hypothèse, il s'agit de l'ensemble des personnes extérieures à la procédure arbitrale qui pourraient être potentiellement intéressées par l'exercice de leurs libertés dans un domaine n'étant pas soumis à aucun monopole. C'est par exemple le cas des litiges portant sur l'annulation des brevets. L'enjeu ici, c'est la protection des droits potentiels des tiers qui est mieux assurée devant le juge que devant l'arbitre, qui explique l'inarbitrabilité des litiges.

Pour analyser les deux hypothèses susmentionnées, il convient préalablement de répondre à la question des limites de la nature de l'arbitrage. D'un côté, le chevauchement entre la notion de tiers avec la question de l'arbitrage évoque à son caractère contractuel. La convention d'arbitrage étant un contrat, elle a par conséquent un effet relatif (*inter partes*) et ne produit pas d'effet obligatoire vis-à-vis des tiers. En effet, selon la théorie de l'autonomie de la volonté, la convention d'arbitrage valablement conclue ne que lie les parties. De l'autre côté, le problème posé se manifeste sur le terrain de l'effet relatif de la sentence arbitrale, auquel il peut être remédié par le rayonnement, à titre exceptionnel de la sentence arbitrale au-delà des seules parties à l'instance (l'autorité absolue de la chose jugée). En effet, par dérogation à la règle de l'autorité relative de la chose jugée, la sentence peut produire un effet *erga omnes*. Cependant, une telle exception dépend généralement du législateur, notamment quant à certaines décisions du juge.

Les sentences arbitrales étant dépourvues de cette caractéristique, la question de la protection des droits procéduraux des tiers, intéressés par le déroulement de l'instance, revêt une importance particulière. En ce sens, la diversité des instruments juridiques de protection, adoptés en droit comparé, fait apparaître caractère relatif des obstacles à la fiabilité de l'arbitrage et confirme la flexibilité croissante des ordres juridiques face aux enjeux de l'arbitrage effectif. Se pose ensuite la question de la nécessité de protéger les droits potentiels des tiers – tel que, par exemple, l'exercice commerciale libre, non limitée par les titres de la propriété intellectuelle – qui n'est pas assurée sans la publication du résultat de la sentence et l'élargissement de l'effet de la sentence au-delà des parties à l'arbitrage. Toutefois, il existe des solutions en droit comparé qui peuvent remédier également à cet obstacle à l'arbitrabilité.

Par conséquent, l'effet relatif des décisions arbitrales, contrairement à certaines décisions des cours étatiques – comme celles concernant la validité des décisions prises au sein d'une société ou portant sur la nullité d'un brevet, est un obstacle apparent, tant à l'égard de la protection suffisante des droits des tiers que s'agissant de l'accès publique

⁸ Dans le procès devant le juge, il est possible notamment d'intervenir à l'instance aux côtés de la partie soutenue. Les tiers acquièrent par conséquent le statut d'intervenant accessoire. En cette qualité, ceux qui se sont joint à la procédure disposent d'un champ d'autonomie et d'initiative très important au cours du procès. En matière d'arbitrage par contre, il manque généralement des dispositions régulant la situation de ces « tiers » à la procédure. A titre d'exemple, le Code de procédure civile polonais (ci-après KPC) dispose que l'intervenant a le pouvoir d'émettre des prétentions pour son propre compte. Il peut également s'opposer aux demandes et aux actes des parties soutenues. Cf. les art. 81, 73 par 2 et 79 du KPC.

aux résultats du procès, avec, par exemple, l'inscription administrative dans un registre officiel. Par la force des choses, les limites en question ne jouent pas nécessairement contre l'arbitrabilité des litiges engageant des tiers.

2. La protection des droits procéduraux des tiers – l'arbitrabilité des litiges portant sur la nullité des décisions des organes des sociétés

La notion des tiers en matière d'arbitrage des litiges sociétaires est diversifiée et concerne, par exemple, des «tiers proches, tels que les associés de la sociétés qui n'ont pas participé à l'instance arbitrale, les associés qui peuvent être affectés par la sentence arbitrale, les administrateurs, les représentants légaux ou les liquidateurs de la société. Il s'agit des tiers au sens strict qui peuvent être impliqués dans les litiges «internes» de la vie de la société. La notion des tiers *lato sensu* concerne par contre des «véritables tiers», c'est-à-dire, les cocontractants de la société qui sont concernés par des litiges externes à l'existence et au fonctionnement de celle-ci. Notre démonstration se concentre surtout autour des litiges internes et porte par conséquent surtout sur les «tiers proches»⁹.

À l'instar de la polémique qui a bouleversé le droit allemand, et qui reste d'actualité dans la mesure où le succès, au moins normatif, des solutions récemment adoptées est limité uniquement à quelques ordres juridiques¹⁰, la doctrine polonaise connaît toujours un débat non-résolu autour de la question de l'arbitrabilité objective des litiges endogènes à la société, particulièrement quant à la soumission des litiges concernant la validité des délibérations adoptées par l'assemblée générale des sociétés de capitaux à un tribunal arbitral. Même si les débats autour du critère d'arbitrabilité objective polonais, et de son éventuel modification, révèlent, les faiblesses du critère de «*transigibilité*»¹¹ dans toutes les législations qui retiennent encore ce critère, le vrai noyau dur du débat se place ailleurs. En effet, indépendamment du résultat du test de l'arbitrabilité objective, le règlement arbitral des litiges concernant la validité des délibérations d'assemblée générale porte sur l'enjeu des modalités de protection des tiers en raison de la nature de ces décisions, dont les effets rayonnent en pratique au-delà des parties à la procédure arbitrale. En effet, l'efficacité de la sentence ne peut pas être assurée dans ce type de litige que pour autant qu'elle lie tous les associés et organes de la société. Pourtant, malgré l'équivalence des effets d'une sentence arbitrale et d'une sentence judiciaire, il n'est pas facile d'en déduire que ces deux types de décision ont en pratique une valeur égale¹². Le peu de règles processuelles relative à l'arbitrage dans les droits nationaux obligera, en tout état de cause, les parties de stipuler des garanties au sein de la clause d'arbitrage ou du compromis, à défaut de quoi la sentence serait inefficace.

⁹ Ch. Seraglini, *Les effets de la sentence*, Rev. arb. 2013 (3), p. 706 et suiv.

¹⁰ La BGH a rendu en 1996 un arrêt *Schiedsfaehigkeit I*, BGH du 29 mars 1996, II ZR 124/95, NJW 1996, 1753. Cet arrêt, tout en ouvrant la porte à l'arbitrabilité des litiges internes à la vie des sociétés, ne l'admet pas à l'égard des litiges concernant la validité des décisions d'assemblée générale.

¹¹ *Zdatnosc ugodowa* (pl.)

¹² En droit polonais, cf. l'art. 1212 du KPC.

En ce sens, tant la jurisprudence allemande¹³ que la doctrine polonaise¹⁴ met en exergue les risques d'abus qui découlent potentiellement de l'impossibilité d'obtenir devant un arbitre les mêmes garanties procédurales que celles prévues devant le juge. Il se peut dans la pratique que les associés, auteurs de la résolution litigieuse, ne participent pas à l'arbitrage initié par un associé qui s'y oppose, et qu'à leur place participe en réalité la société, représentée par son organe de direction qui souhaite également la nullité de la résolution. Par contre, dans l'instance devant un juge étatique, un tel risque n'existe pas. En effet, dès lors que ni le demandeur ni la société défenderesse n'ont le choix du juge, les associés souhaitant maintenir la résolution en vigueur ont la possibilité, notamment, de faire une intervention accessoire du côté de la société défenderesse.

Confronté aux problèmes susmentionnés, l'étude du droit comparé révèle deux modèles possibles – celui de l'arbitrabilité conditionnelle (1) et de l'arbitrabilité non contestée par la loi (2).

2.1. L'arbitrabilité conditionnelle

Pour amorcer une ouverture à l'arbitrage des litiges en droit des sociétés, certaines solutions ont été proposées par la jurisprudence allemande en 2009 dans l'arrêt *Schiedsfaehigkeit II*¹⁵. Ainsi, une sentence arbitrale concernant la validité d'une résolution d'assemblée générale d'une *GmbH* (SARL) peut exercer un effet à l'égard de la société et de tous les associés à des conditions strictes. Premièrement, le consentement à la convention d'arbitrage doit avoir été exprimé par tous les associés et la société elle-même. Deuxièmement, tous les associés doivent avoir été notifiés de l'introduction de la procédure d'arbitrage. Troisièmement, tous les associés doivent avoir été en mesure de participer à la constitution du tribunal arbitral. Quatrièmement, toutes les actions relatives à une même question doivent être consolidées devant le même tribunal arbitral. En référence à cette jurisprudence, la *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)* a formulé une clause arbitrale type et une réglementation spécifique

¹³ L'arrêt *Schiedsfaehigkeit I* met en exergue le fait que le droit d'arbitrage allemand ne contient pas de mécanisme permettant d'assurer la participation de tous les associés et tous les membres du directoire, ainsi que du conseil de surveillance à la nomination des arbitres. Contrairement aux litiges devant un tribunal étatique, il n'existe pas de disposition légale excluant les conflits entre les décisions, si plusieurs associés initient plusieurs instances arbitrales séparées, ou si un associé met en place une procédure arbitrale tandis qu'un autre recourt à un juge étatique.

¹⁴ Voir, notamment, M. Tomaszewski, *O zaskarżaniu uchwał korporacyjnych do sądu polubownego – de lege ferenda*, *Prawo Spółek* 2012 (4), p. 25 et suiv. A titre d'exemple, en vertu du KPC, il serait suffisant qu'une convention d'arbitrage soit conclue entre un associé, qui vise à annuler la résolution, et l'organe de direction, sans la participation, voire même la connaissance des autres associés. Ainsi, il serait possible d'empêcher aux personnes intéressées par le maintien de la résolution de participer à la procédure. Les autres associés ne sont pas en vertu du KPC des parties à la procédure. Par conséquent, ils ne bénéficient pas du droit de contester le jugement reconnaissant la sentence arbitrale dans les recours post-arbitraux). Plus récemment v. R. Kos, *Zdatność arbitrażowa sporów o ważność uchwał spółek kapitałowych*, *PPH* 2014 (3), p. 28–36 et *Spory korporacyjne w praktyce arbitrażowej – perspektywa polska i niemiecka*, éd. W. Jurcewicz, K. Pörnbacher, C. Wiśniewski, Warszawa 2017, p. 1–383.

¹⁵ BGH, l'arrêt du 6 avril 2009, II ZR 255/08, 2009 NJW 1962 (*Schiedshaehigkeit II*).

pour l'arbitrage des litiges internes à la vie sociale¹⁶. Cette solution paraît pratique et efficace, mais son application est limitée par la taille de la société de capital, le nombre des actionnaires dans les SA étant souvent assez élevé. En 2017, sa portée a été élargie aux sociétés en commandite par l'arrêt *Schiedshaehigkeit III*¹⁷.

Pareillement au droit allemand, le législateur russe a récemment opté pour un modèle similaire¹⁸. Quant à l'arbitrabilité des litiges internes à la vie de société, la loi en vigueur a mis en exergue certains éléments obligatoires de l'arbitrage en ce domaine. Tout d'abord, un arbitrage institutionnel portant sur un litige sociétaire devrait adopter des règles spéciales de sorte à garantir une juste procédure ainsi que la participation de toutes les personnes intéressées. Ensuite, toute sentence arbitrale devrait être notifiée dans un registre public officiel. Enfin, aucun changement dans le registre ne peut pas être exécuté sans l'examen de la sentence arbitrale par un juge.

2.2. L'arbitrabilité non contestée

En droit français et belge, l'effet relatif de la sentence arbitrale ne remet pas en cause l'arbitrabilité des litiges internes à la vie sociale. La protection des tiers y est assurée par des instruments déjà existant dans les textes.

La jurisprudence de la Cour de cassation française de 2007¹⁹ et 2008²⁰ a élargi l'opposabilité de la sentence arbitrale au-delà de son dispositif, c'est-à-dire, aux constatations et qualifications des faits figurant dans les motifs de la sentence, ce qui a permis de conférer une véritable autorité de la chose jugée à la sentence arbitrale à l'égard des tiers²¹. Par conséquent, contrairement aux solutions adoptées en droit polonais et allemand, la sentence arbitrale peut être invoquée par les tiers et invoquée contre eux. Quid de la protection de leurs droits procéduraux dans une telle situation?

Tant que les conditions de conclusion de la convention d'arbitrage sont remplies, aucune solution jurisprudentielle et législative particulière n'existe pour encadrer l'effet substantiel de la sentence rendue à l'égard de tous les associés. Bien que l'intérêt des tiers rentre en jeu, les droits français et belge ne voient pas cette «spécificité» de l'effet élargi – notamment quant à la validité des décisions d'assemblée générale – comme

¹⁶ Disponible sur le site de *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, <http://www.dis-arb.de/en/17/ clause/dis-model-clause-for-corporate-law-disputes-09-id10>, 15.04.2018.

¹⁷ BGH, la décision du 6 avril 2017, I ZB 23, (*Schiedsfaehigkeit III*) v. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/07/arbitrability-shareholder-disputes-germany/>, 15.04.2018.

¹⁸ Cf. la loi de l'arbitrage (procédure arbitrale) de la Fédération de Russie, l'amendement à loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international, l'amendement au Code de la procédure de l'*Arbitrazh* et l'amendement au Code de la Procédure Civile qui sont entrés en vigueur le 1^{er} septembre 2016, à l'exception des dispositions portant sur les litiges sociétaires, qui sont en vigueur le 1^{er} février 2017. V. l'opinion critique sur la politique législative russe concernant l'arbitrage international; K. Hobér, *The Russian doll syndrome: Russian Tactics in international arbitration* [in:] *New Developments in International Commercial Arbitration 2015*, éd. Ch. Muller, S. Besson, A. Rigozzi, Zurich 2015, p. 1–26.

¹⁹ Cass. com., l'arrêt du 23 janvier 2007, Rev. arb. 2007, p. 769, note P. Mayer.

²⁰ Cass. com., l'arrêt du 2 décembre 2008, Rev. arb. 2009, p. 327, note P. Mayer.

²¹ Ch. Seraglini, Les effets de la sentence, Rev. arb. 2013 (3), p. 719 et suiv.

un obstacle à l'arbitrabilité. Cette solution tient à l'existence d'une voie de contestation, dite «tierce-opposition», en aval de la procédure arbitrale²².

La voie de l'intervention étant fermée devant l'arbitre, le recours à la tierce opposition contre la sentence arbitrale ouverte à l'associé, qui n'a pas participé à l'instance arbitrale, et dont la situation se trouve affectée par la décision de l'arbitre, paraît être une alternative satisfaisante. Toutefois, elle ne couvre pas toutes les hypothèses. D'abord, le droit français réserve la voie de la tierce opposition aux seules sentences d'arbitrage interne. Ensuite, elle est souvent limitée aux seuls associés, qui sont considérés comme ayant été représentés à l'instance par le représentant de la société, ce qui n'est pas le cas notamment des «véritables» tiers, comme les créanciers ou les cocontractants de la société. Enfin, en principe la tierce opposition est prévue seulement contre le dispositif de la décision, auquel seul est lié l'effet substantiel susceptible d'affecter négativement le tiers. Malgré ces limites, la doctrine française estime que la tierce opposition garantie de manière suffisante les droits des tiers, la préservation desquels, à elle seule, ne saurait être de nature à justifier l'inarbitrabilité en matière de droit des sociétés.

3. La protection des droits potentiels des tiers – l'arbitrabilité des litiges portant sur la nullité des brevets

Les litiges portant sur la nullité des brevets remettent également en question l'efficacité des sentences arbitrales et suscitent des doutes par rapport à la protection des droits potentiels des tiers, affectés par un monopole illicitement octroyé. Constituant les titres de propriété industrielle, accordés au titulaire d'une invention et conférant à ce dernier une exclusivité sur son exploitation pendant une certaine période de temps, les brevets restreignent la liberté de commerce, de sorte qu'un litige éventuel peut, potentiellement, susciter l'intérêt de la collectivité entière, notamment celui des tiers intéressés par la matière brevetée.

Les litiges en question peuvent avoir la nature double. Le plus souvent, ils possèdent une base contractuelle diversifiée. À cet égard, l'exception d'invalidité du brevet peut être soulevée par l'une des parties AU contrat principal comme moyen de défense contre une allégation de contrefaçon, ou dans le cas de la non-exécution d'un contrat, notamment d'un contrat de licence dans le cadre d'une demande reconventionnelle en réponse à une action en contrefaçon²³. L'invalidité du brevet peut également constituer un objet d'un litige autonome. Alors que, dans le premier cas, l'arbitrage n'est pas exclu, même s'agissant de l'annulation éventuelle de brevet, l'arbitrabilité des litiges dans le deuxième cas est très rarement reconnue.

En effet, alors que la décision d'annulation d'un brevet d'invention par un organe étatique, tel qu'un organe administratif en Pologne ou le juge en France, a un effet

²² L'art. 1501 du Code de la procédure civile français prévoit que «La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588».

²³ En ce sens I. Bałos, *Zdatność arbitrażowa sporów dotyczących patentowa*, Warszawa 2017, p. 251.

absolu, le caractère privé de l'arbitrage implique l'absence d'effet *erga omnes* de la décision de retrait du droit de l'exclusivité indument octroyée.

Pourtant, la contradiction entre l'effet absolu des décisions d'annulation d'un brevet par un juge étatique et l'effet relatif des décisions arbitrales peut être surmontée sans approfondir le conflit entre la non-affectation du droit de propriété et l'extension des effets de la sentence arbitrale aux tiers à la convention d'arbitrage. De tels litiges étant inarbitrables en Pologne²⁴, le problème semble partialement résolu par la jurisprudence française. L'arbitrabilité des litiges en question reçoit également la pleine reconnaissance dans la doctrine et les textes législatifs du droit suisse et belge.

3.1. L'arbitrabilité partielle

Récemment, dans des différends d'origine contractuelle, la jurisprudence française a admis l'arbitrabilité des litiges portant sur l'annulation des brevets. Il s'agit des affaires *Liv Hidravlika*²⁵ de 2008 et *Victocor Technologies* de 2013²⁶. De tels litiges paraissent arbitrables dans la mesure où ils mènent à des solutions applicables *inter partes*. Toutefois, l'efficacité des sentences arbitrables est à nouveau remise en question.

Dans l'arrêt *Liv Hidravlika*, la Cour d'Appel de Paris a pour la première fois accepté la décision de l'arbitre de se prononcer sur la validité du brevet, abordée de manière incidente dans le cadre d'un litige contractuel. La Cour d'Appel estime cependant qu'une telle sentence n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée *erga omnes*. Dès lors, la situation d'un licencié, dont l'objet de la licence relève de la sentence arbitrale incidente sur la validité du titre, reste irrésolue. Par exemple, il ne pourrait pas opposer sa licence sur un brevet à un contrefacteur supposé au cours d'une procédure judiciaire en nullité du même brevet. De plus, si le juge annule le brevet, le contrefacteur pourra en bénéficier légalement. Le licencié devrait par contre payer les redevances si l'arbitre décide ainsi *inter partes*. Une autre solution remettrait en cause l'efficacité de la sentence arbitrale par rapport à la décision du juge, de même que le conflit des décisions pourrait également se poser en fonction des différentes configurations de la situation décrite.

Dans l'arrêt *Victocor Technologies* la Cour de Cassation française, en se prononçant sur l'effet seulement *inter partes* de la décision du tribunal arbitral, a confirmé à cet égard l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité d'un brevet. Dès lors, le risque des manœuvres procédurales dilatoires est partiellement éloigné, étant donné que la nullité du brevet, ou son inopposabilité, soulevée devant le juge par la partie potentielle à l'arbitrage signifie en même temps que l'arbitre est incompétent, ce qui, présenté

²⁴ Une fois que le brevet est accordé par l'Office Polonais des Brevets, il peut être invalidé par le même organe. La décision administrative est soumise au contrôle du Tribunal administratif de Varsovie. Eu égard à l'inadmissibilité de la voie du procès civil, l'arbitrabilité n'est pas reconnue en droit polonais dans les litiges portant sur la propriété industrielle, pour lesquels l'Office Polonais des Brevets est exclusivement compétent. Selon l'article 255 al. 1 p. 1–9 de la Loi sur la propriété industrielle, l'Office Polonais des Brevets statue notamment sur des litiges portant sur l'annulation d'un brevet.

²⁵ CA Paris, 1^{ère} ch., section C, l'arrêt du 28 février 2008, n° 05/10577.

²⁶ Cass civ. 1^{ère} ch, l'arrêt du 12 juin 2013, JCP 2013, Doctr. 784 § 3, obs. C. Seraglini; Cahiers d'arbitrage, 2014 (1), p. 73, comm. I. Léger.

comme moyen de défense, bloque le recours à celui-ci en pratique, puisqu'une décision judiciaire sur la validité du brevet doit être rendue préalablement²⁷. Eu égard cependant au fait que la doctrine ne précise pas les conditions d'accès à l'arbitrage portant sur la nullité du brevet à titre principal, une partie souhaitant soumettre un tel différend à l'arbitrage risque de ne pas pouvoir sortir du cercle vicieux des obstacles matériels et procéduraux. Ainsi, non sans raison, les juristes français voient une telle évolution de la jurisprudence comme demeurant inachevée²⁸.

Malgré l'arbitrabilité partielle des litiges contractuels qui ont trait à la validité des brevets, l'effet *inter partes* des sentences arbitrales sont également susceptibles d'affecter les droits potentiels des tiers. Quid notamment d'une personne tierce à la procédure arbitrale entre un licencié et un titulaire du brevet, menant (à titre incident) à l'annulation de ce dernier ? En ce qui concerne un autre licencié – que l'on peut qualifier «un tiers proche», il serait obligé de payer des redevances, le brevet restant valide *erga omnes*, et se trouverait dans une situation défavorable par rapport au licencié partie à l'arbitrage. Pour ce qui est des autres personnes – «les vrais tiers», elles ne seront même pas conscientes des doutes concernant le statut du brevet. En cas d'une atteinte involontaire au droit de propriété industrielle, elles seront traitées en tant que contrefacteurs, alors que cela ne serait jamais le cas des parties à l'arbitrage. D'ailleurs, la décision de l'arbitre confirmant la validité du brevet ne poserait les problèmes susmentionnés, ce qui emporte un risque d'insécurité juridique, non seulement quant aux conflits entre les sentences rendues par un juge et un arbitre, mais également quant à l'inégalité des différents sentences arbitrales.

3.2. L'arbitrabilité reconnue

Confrontées au problème de déficience évidente de l'arbitrage, présentée *supra*, les législations suisse et belge ont expressément reconnu l'arbitrabilité des litiges en question. Ainsi, le législateur suisse admet, depuis 1975, l'arbitrabilité des litiges concernant la validité des brevets. Dès lors, la sentence arbitrale statuant sur la nullité d'un brevet suisse, dont les conditions de brevetabilité sont remises en question, mène à l'annulation et à la radiation de celui-ci du registre de l'Office suisse des brevets. La sentence elle-même est également inscrite dans le registre susmentionné. Tant en matière interne qu'internationale, la sentence arbitrale annulant un titre de propriété industrielle est dotée d'un effet *erga omnes*. De même, l'existence d'une compétence exclusive, attribuée aux tribunaux étatiques dans le pays du brevet étranger, n'exclut pas son arbitrabilité en Suisse²⁹.

²⁷ Cf. J.-Ch. Tristant, Ch. De Raignac, *Brevet et arbitrage. Fin d'une controverse? L'arbitrabilité des brevets: une évolution inachevée* [in:] *Arbitrage et propriété intellectuelle, La lettre de l'AFA*, éd. A. Pezard, Septembre 2015, n° 17.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Une telle position a été présentée à l'égard de la décision CCI, l'affaire n° 6097 de 1989, Bulletin CCI, octobre 1993, p. 80 par F. Perret, *Arbitration and Licensing Agreements: The Swiss Experience* [in:] *Creative ideas for intellectual property: the ATRIP Papers 2000–2001*, Lausanne 2002, p. 242. Dans l'affaire citée, le tribunal arbitral siégeant à Zurich s'est prononcé pourtant uniquement sur la validité *inter partes* d'un brevet enregistré sous l'emprise de la loi allemande.

En droit belge, malgré la reconnaissance juridictionnelle antérieure de l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité d'un titre de propriété industrielle³⁰, le législateur l'a expressément admise en 1984. Désormais, les contestations de la validité d'un brevet peuvent être soumises à un tribunal arbitral³¹. De plus, l'effet *erga omnes* des sentences arbitrales en question et leur communication à l'Office des brevets est assuré par les textes de loi. Par conséquent, les sentences arbitrales sont dotées d'une portée absolue et leur publicité les rend opposables aux tiers. Leur portée est identique à celle des décisions du juge étatique. Parallèlement, la sentence arbitrale peut être invoquée par les tiers, autres que les parties contractantes à l'arbitrage, pour faire valoir leurs droits.

4. Conclusion

Pour accepter l'effet *erga omnes* de la sentence arbitrale dans les litiges sociétaires, certaines législations (le droit allemand, le droit russe) proposent, par voie législative ou jurisprudentielle, une réglementation spécifique de la procédure arbitrale ou de la convention d'arbitrage. Une telle approche, sans admettre l'arbitrabilité absolue des litiges en question, ouvre la porte à l'arbitrabilité conditionnelle de ceux-ci, en proposant une solution pratique. D'autres ordres juridiques (le droit français, le droit belge) ne remettent pas en question l'arbitrabilité des litiges internes à la vie de société et ne prévoient aucune exigence préalable, si ce n'est l'existence d'une convention d'arbitrage valablement conclue.

Alors que l'applicabilité, au sein du droit polonais, des solutions adoptées en droit allemand et russe serait justifiée, en raison, d'une part, de sa ressemblance avec le droit allemand au niveau de structure normative de droit privé, et, d'autre part, de son objectif de développement de l'arbitrage après l'époque socialiste, les instruments juridiques issus en droits romanistes semblent être trop éloignés. Certes, la tierce opposition, en tant que mesure holiste et pratique de protection générale des droits des tiers, constitue un exemple intéressant pour la procédure civile polonaise³². Toutefois, l'objectif du droit de l'arbitrage doit d'abord être de trouver des instruments efficaces au sein de celui-ci, plutôt que de recourir aux institutions de la procédure civile.

³⁰ Cf. Cour de cassation belge, l'arrêt du 13 avril 1893 (1, 167), cité par J. Dassel, *Examen de jurisprudence (1972 à 1977)*, *Brevets d'invention*, Revue critique de jurisprudence belge 1978, p. 517. L'arrêt prévoit que les parties peuvent transiger sur la question de la validité d'un brevet et y renoncer; Cour de cassation belge, l'arrêt du 15 juillet 1975, cité par J. Dassel, *op.cit.*, p. 520 et suiv; Revue de droit intellectuel l'ingénieur-conseil, n° 10-11, 1976, p. 319. Dans l'affaire susmentionnée, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour connaître d'un litige sur la nullité d'un brevet.

³¹ L'art. 73 § 6 de la loi sur les brevets d'invention du 28 mars 1984 prévoit: «(...) Les dispositions du présent article ne font toutefois pas obstacle à ce que les contestations relatives à la propriété d'une demande de brevet ou d'un brevet, à la validité ou à la contrefaçon d'un brevet ou à la fixation de l'indemnité visée à l'article 29 ainsi que celles relatives aux licences de brevets autres que les licences obligatoires soient portées devant les tribunaux arbitraux».

³² Cf. notamment P. Rylski, *Opozycja osoby trzeciej (tierce opposition) – nadzwyczajny środek zaskarżenia francuskiej procedury cywilnej*, *Przegląd Sądowy* 2006 (5), p. 152. L'auteur met en exergue la simplicité de la tierce opposition et souligne le caractère dispersé des instruments de protection dans le KPC.

D'ailleurs, l'exemple des litiges portant sur l'annulation des brevets montre que le problème de la protection des droits des tiers concerne tant le caractère confidentiel de l'arbitrage que son caractère contractuel. L'évolution croissante de la jurisprudence française pose la question de la levée éventuelle de toute inarbitrabilité en matière de brevets³³. Les arguments favorables à l'arbitrabilité étendue des litiges relatifs à la validité des brevets, reposant sur l'absence de véritable incompatibilité entre la relativité de l'arbitrage et l'effet absolu des titres en cause, permettrait peut-être de surmonter le dernier bastion de cette résistance contre l'inarbitrabilité. Comme le montrent pourtant le droit belge et suisse, le vrai obstacle à l'arbitrabilité en question ne réside pas dans les avantages de la portée absolue des décisions du juge par rapports aux tiers, mais dans la confrontation de l'obligation de publicité avec le caractère confidentiel de l'arbitrage. Il semble pourtant que rien n'empêche le maintien de la confidentialité de l'instance, malgré la publication – partielle – de la sentence quant à la validité d'un brevet. Cette question reste sujette à discussion.

* * *

The Protection of Third Party in Arbitration. Comparative Legal Analysis on the Arbitrability³⁴

The present study refers to the still unresolved problem of arbitrability under Polish law, in the context of the protection of third party rights on the example of the validity of shareholder resolutions' and patent validity disputes. Using the methods of comparative law, the article presents the above problem on the level of various European legal systems – Polish, French, German, Belgian and Swiss. The aim of the study is to show the possible solutions that could be applied by the Polish legislator within the amendment of the arbitration law, assuming that the problem of arbitration in the context of third party rights results not only from its contractual character, but refers as well to the confidentiality of the procedure.

Key words: arbitrability, protection of third parties' rights in arbitration, comparative legal analysis

³³ Les interprétations les plus libérales proposent même l'admission implicite d'un effet *erga omnes* des sentences arbitrales concernant la validité d'un brevet, cf. V.-L. Benabou, *Une entaille dans le principe d'inarbitrabilité de la validité des brevets*, Petites Affiches 2008 (199), p. 7.

³⁴ This article is based on the project *Preludium* n° 2014/13/N/HS5/01095 financed by the *National Science Centre (Poland)*.