



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

L'extension de la Convention d'Arbitrage aux Parties non Signataires: Analyse de la Doctrine de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI au Regard de la Jurisprudence Française et Espagnole¹

(The extension of the Arbitration Convention to non-members: analysis of the doctrine of the CCI International Arbitration Court regarding the french and spanish jurisprudence)

Jean Paul Correa Delcasso

Professor at the University of Barcelona

Docteur en Droit. Lawyer

Abstract: In this study, the author analyzes the main decisions that the ICC International Arbitration Court has rendered in relation to parties that did not initially execute an arbitration agreement. It discusses a selection of the most significant decisions which in the opinion of the author show the course taken by the case law of this Arbitration Court over recent years, and concludes with an analysis of the main court rulings that have considered this case law to decide on an appeal to render invalid an award rendered by this renowned Arbitration Court.

¹ À la mémoire de mon bon ami Angel Quemada Ruiz.



I. Introduction

L'extension de la convention d'arbitrage à des sujets ou parties qui ne l'ont pas signée initialement constitue, sans aucun doute, l'un des sujets les plus intéressants et fondamentaux du florissant monde de l'arbitrage contemporain et, notamment, de l'arbitrage international. La rapidité qu'exigent à l'heure actuelle nos principaux agents économiques (grandes entreprises et PME, essentiellement), et le fait que notre économie se mondialise de plus en plus (dans la fabrication d'un simple objet de consommation peuvent intervenir, le cas échéant, plusieurs fabricants de pays absolument divers), exigent une réponse souple et efficace de la part du système juridique (non seulement en termes de célérité mais surtout de spécialisation), que la juridiction commune de la plupart des États n'est souvent pas en mesure de satisfaire, tout particulièrement depuis quelques décennies. En effet, la technicité accrue de notre économie, alliée au phénomène croissant de la mondialisation, exigent non seulement, pour être en mesure de résoudre un litige, des connaissances techniques extrêmement spécifiques, mais également une obligation accrue de surmonter de vieux axiomes doctrinaux pour offrir une réponse rapide et efficace à la protection juridique visée par le justiciable, capable de s'adapter aux réalités socioéconomiques du marché actuel.

Et c'est dans ce contexte qu'il faut précisément rechercher l'essor des modes alternatifs de résolution de conflits (dont l'arbitrage), ainsi que la complexité majeure qu'acquiert ces derniers, à savoir, dans notre cas, l'extension de la convention d'arbitrage à des parties non signataires de celle-ci. En effet, pour peu que l'on examine la doctrine classique en matière de procédure arbitrale, nous pourrions constater qu'une bonne partie de ses auteurs – se fondant parfois sur des principes dogmatiques contestables, ou confondant ouvertement, en d'autres occasions, le concept de partie signataire de la convention d'arbitrage avec celui de partie à la procédure arbitrale – a rejeté de manière incompréhensible l'intervention de parties non signataires, à l'origine, d'une telle convention, dans le cadre d'un futur d'arbitrage, en vertu du prétendu principe selon lequel seuls peuvent être parties à cette convention « *ceux qui, ayant*



conclu cette dernière, ont manifesté leur volonté de s’y soumettre »², comme aurait d’ailleurs soutenu jusqu’à présent la meilleure jurisprudence espagnole.

Toutefois, tout comme nous tenterons de le démontrer à travers cette étude, de tels postulats théoriques se heurtent non seulement à la réalité du monde des affaires et, par extension, du monde contemporain (et son donc dépourvus, pour ladite raison, de toute utilité pratique à l’égard de ce dernier), mais également aux principes fondamentaux du Droit. En effet, peut-on qualifier de « tiers à la procédure d’arbitrage » une personne – physique ou morale – qui n’a pas signé la convention d’arbitrage alors que, pour le reste, elle est intervenue dès le début dans la relation contractuelle litigieuse ? Pourquoi diviser cette « unité de cause » (si souvent mentionnée par la doctrine espagnole et pour le reste imprécise, au détriment du principe, tout autant invoqué, d’économie procédurale), pour des faits connexes (au motif que toutes les parties n’auraient pas signé la clause d’arbitrage), et débattre le fond d’un même litige à travers deux procédures distinctes (arbitrale et judiciaire, en l’occurrence) ?

Certes, la réponse ne pourra jamais être univoque et dépendra, surtout, de l’intervention concrète de chaque partie dans une relation contractuelle déterminée. Toutefois, si nous soutenons une vision étroite, voire même incorrecte, de la notion de partie à une procédure d’arbitrage, nous constaterons qu’un grand préjudice se produira, non seulement pour l’administration de justice, en termes de délais, mais également pour le justiciable et « consommateur final » de la protection juridique, dans la mesure où il pourra être victime d’un véritable déni de justice. Et c’est précisément la Cour Internationale d’Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (ci-après, la « CIA ») de Paris laquelle, conformément à la doctrine établie par les tribunaux français – et, tout particulièrement, par la Cour d’appel de Paris –, a eu le mérite d’établir une doctrine qui, comme nous l’exposerons de suite, outre le fait qu’elle renforce à juste titre les bases de l’institution arbitrale, a permis de rendre un indéniable service en termes de Justice et rapidité – et c’est là le plus important – aux parties qui ont choisi de lui confier leurs différends.

² CHOCRÓN GIRÁLDEZ (Ana María), *Los principios procesales en el Arbitraje*, Barcelona, 2000, Chapitre II.



II. La doctrine jurisprudentielle de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI en matière d'extension de la convention d'arbitrage à des parties non signataires

A.- Ses origines

La doctrine jurisprudentielle de la CIA en matière d'extension de la convention d'arbitrage à des parties non signataires, remonte approximativement à 25 ans. À ce propos, l'affaire *Dow Chemical*³ est généralement considérée comme le *dies a quo* de cette dernière. En l'espèce, un important groupe multinational avait confié à un autre la distribution et la vente de ses produits sur le territoire français et signé à cet effet deux contrats distincts à travers plusieurs sociétés appartenant à ce dernier. Le groupe d'entreprises ayant concédé la distribution, introduit alors une demande d'arbitrage devant la CIA à l'encontre de certaines sociétés du groupe distributeur et l'une des codéfenderesses invoqua alors à titre préliminaire l'inexistence de toute clause compromissoire l'obligeant vis-à-vis de deux des quatre sociétés demanderesses. C'est alors que le tribunal arbitral, amené à se prononcer sur sa propre compétence, reconnaît désormais cette dernière, ordonnant que la procédure soit également

³ Affaire numéro 4131/1982, publiée dans le *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, pp. 464 et ss. Auparavant, dans l'affaire *Clunet*, la CIA avait eu l'occasion de se prononcer sur cette matière (affaires n° 1434 et 1375), sans toutefois parvenir à émettre, d'après nous, une doctrine aussi claire. Toutefois, le Tribunal arbitral (concrètement dans l'affaire 1434/1975), soulignera, afin de déterminer sa propre compétence, l'exactitude (ou parfois l'imprécision ouverte) des différents intervenants du groupe d'entreprises au moment de déterminer la société concrète de celui-ci qui devait se charger d'exécuter les travaux, ainsi que leur participation indistincte lors de leur exécution. Comme le signalait à juste titre l'auteur du commentaire de cette décision, « *La volonté commune des parties est le fondement principal de la décision du tribunal arbitral. Cette volonté ressortait des correspondances produites au dossier et de l'esprit de l'ensemble des accords dans lesquels s'inséraient les contrats contenant la clause d'arbitrage. Par ailleurs, l'attitude, lors des négociations contractuelles, de M. A., avait permis à la société nationale de l'État B de croire légitimement qu'il engageait l'ensemble des sociétés du groupe qu'il animait. Cependant, plus que cet examen classique des documents engagés par les parties, conforté par une référence implicite à la théorie du mandat apparent, c'est la pratique même de l'intervention des groupes de sociétés dans la conclusion des accords industriels au plan international qui constitue, pour les arbitres, le véritable révélateur de la volonté des parties* » (*Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, *op. cit.*, p. 268). Pour le reste, ladite analyse souligne également comment les arbitres, pour émettre une telle décision, ne se sont fondés sur aucun droit national particulier, mais sur des principes universels de *lex mercatoria* qui acquièrent de plus en plus une importance croissante dans l'arbitrage international. D'une manière identique se prononce le Professeur VIDAL, *L'extension de l'engagement compromissoire Dans un groupe de sociétés: application arbitrale et judiciaire de la théorie de l'alter ego*, "Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI", N° 2, 2005, p. 79.



suivie à l'encontre des deux autres sociétés du groupe défendeur, « *en suivant l'exemple de la jurisprudence française à laquelle se réfère le rapport remis au Premier ministre et qui constitue l'exposé des motifs du décret du 12 mai 1981* »⁴. Tout concrètement, les motifs qui mènent la CIA à rendre cette décision sont très clairs: le tribunal arbitral souligne que les expressions utilisées au moment de la signature des contrats par celui qui invoque à présent son incompetence avaient été claires à tout moment, employant toujours le « nous » solennel, et démontrant ainsi son pouvoir de décision sur sa filiale⁵. Et c'est alors que les arbitres constatent inévitablement que:

« Considérant qu'il n'est ni contestable ni contesté que X Company (U.S.A.) possède et exerce le contrôle absolu de ses filiales, qui ont soit signé les contrats en cause, soit, comme X France, effectivement et personnellement participé à leur conclusion, leur exécution et leur résiliation ;

Considérant qu'un groupe de sociétés possède, en dépit de la personnalité juridique appartenant à chacune de celles-ci, une réalité économique unique dont le tribunal arbitral doit tenir compte lorsqu'il statue sur sa propre compétence, en application de l'article 13 (version de 1955) ou de l'article 8 (version de 1975) du Règlement de la CCI ;

Considérant, en particulier, que la clause compromissoire expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui peuvent en découler ;

⁴ *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, op. cit., p. 471.*

⁵ À titre d'exemple, le tribunal signalait de nombreuses déclarations effectuées par les sociétés défenderesses du groupe pendant la relation contractuelle : « *je vous adresse ci-joint, en quatre exemplaires, le texte définitif en anglais de **notre** contrat de distribution, signé para **notre** Président, M...* » ; « *J'aimerais que nous puissions nous rencontrer très prochainement afin que nous puissions déterminer définitivement les possibilités existantes de concrétiser un accord entre **nos** Sociétés de manière à normaliser les rapports actuels* ».



Considérant que c'est en ce sens que se sont déjà prononcés les tribunaux arbitraux institués dans le cadre de la CCI (sentences rendues dans l'affaire n° 2375 de 1975, Clunet 1976, 973 ; et dans l'affaire 1434 de 1975, Clunet 1976, 978) ; que les décisions de ces tribunaux forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international (...)

Considérant, en définitive, qu'il échet pour le tribunal de se déclarer compétent pour connaître des demandes formées, non seulement par X.A.G. (Zürich) et X Europe (Zürich) mais aussi par X Company (U.S.A.) et X (France)».

La décision – apparemment « frivole » aux yeux de tout spécialiste en droit de la procédure civile ancré dans l'idée contractuelle de l'arbitrage – a toutefois eu le mérite de distinguer clairement, d'un côté, le principe de partie au contrat (ou, du moins, ce qu'il fallait entendre par partie à de tels effets, compte tenu de sa remarquable participation dans les faits litigieux) et, de l'autre, celui de partie au procès. En effet, si nous admettons, tout comme la meilleure doctrine, que l'arbitrage revêt une nature juridictionnelle, nous pourrions difficilement accepter que seuls peuvent être partie à une procédure d'arbitrage « *ceux qui, ayant conclu la convention d'arbitrage, ont manifesté leur volonté de s'y soumettre* »⁶, sous peine de confondre le concept de partie à la procédure avec celui de partie au contrat (c'est-à-dire, de la partie qui, quels qu'en soient les motifs, dûment justifiés - par exemple, la prise en charge par la société absorbante d'un contrat conclu par la société absorbée où s'insère une clause compromissoire, dans une opération de fusion par absorption -, aura accepté de cette manière l'intégralité de ses clauses, devenant ainsi partie de ce dernier, à toutes fins utiles). Et cette prise en charge de droits et d'obligations, de nature extrajudiciaire (qui peut adopter toutes les formes prévues en droit matériel), fait automatiquement de ce nouveau contractant une partie à la procédure d'arbitrage puisque, comme le souligne à juste titre SERRA

⁶ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Los principios procesales en el Arbitraje*, op. cit.



DOMÍNGUEZ, uniquement peut être considéré comme un « tiers », contrairement au cas d'espèce, celui qui « *intervient dans une procédure en cours entre deux parties ou plus, et interjetée à l'encontre des parties originaires une prétention déterminée, destinée à la défense d'un droit individuel ou de l'une des parties aux procès* »⁷.

Ceci dit, aucun « tiers », au sens strict du terme, n'est mis en cause dans la procédure que nous venons d'analyser, contrairement à ce qu'affirment à tort certains auteurs: en effet, la question est tout au plus de déterminer, conformément aux normes de droit matériel ou à d'autres critères jurisprudentiels universellement admis (comme la doctrine du *stoppel* ou de la levée du voile social, entre autres), si les parties attirées devant l'arbitre l'ont été légitimement ou non. Mais encore une fois, cette décision nous met sur la piste – et posera les grands principes de la future jurisprudence de la CIA – pour déterminer, *a priori*, s'il faut appeler un tiers qui n'a pas souscrit la clause d'arbitrage mais qui, par ses actes, a perdu cette qualité par rapport aux faits litigieux, dans la mesure ou il a participé, comme le souligne à juste titre la Cour d'arbitrage, « *effectivement et personnellement à la conclusion, à l'exécution et à la résiliation du contrat* ». En d'autres termes, pour avoir participé de manière effective au déroulement ultérieur de la relation contractuelle d'espèce.

En somme, comme l'indiquera à juste titre DERAÏNS⁸, « *les arbitres tirent toutes les conséquences, au plan des effets de la convention d'arbitrage, de la réalité économique qu'est le groupe de sociétés. Il ne découle pas de leur décision – ce qui serait excessif – qu'à partir du moment où la personne physique ou morale qui contrôle un groupe, voire un membre de celui-ci, signe une convention d'arbitrage, l'ensemble des sociétés composant de groupe se trouvent liés par la convention d'arbitrage. Cette signature constitue seulement un commencement de preuve de la soumission de ces sociétés du groupe à la convention d'arbitrage, qui ne se trouvera confirmé que par la participation effective de ces sociétés aux opérations contractuelles. Seules les sociétés du groupe qui ont joué un rôle dans la négociation, la conclusion ou la résiliation du contrat se trouvent de ce fait parties à la convention d'arbitrage*

⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, *Intervención de terceros en el proceso*, Estudios de Derecho procesal, Esplugues de Llobregat, 1969, p. 207.

⁸ *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, op. cit.*, pp. 472-473.



qui, lors de la signature du contrat, engageait de façon virtuelle l'entité économique que constitue le groupe. Au-delà du principe général, les arbitres doivent donc apprécier cas par cas non seulement l'existence d'une volonté des membres du groupe d'engager l'ensemble de celui-ci, mais surtout lorsque cette volonté est établie à l'égard de chacune des sociétés du groupe, considérées séparément».

B.- Le développement ultérieur de cette doctrine

Suite à cette importante sentence arbitrale – qui a eu l'indéniable mérite d'élargir la portée de la procédure d'arbitrage et de l'adapter aux exigences de la réalité socioéconomique actuelle -, une vingtaine de décisions similaires (tout au moins contenues dans les remarquables « Recueils » de sentences arbitrales de la CIA) se sont succédées jusqu'à présent. Ces sentences reprennent ainsi la doctrine antérieurement exposée, tout en introduisant parfois d'importantes nuances qu'il convient à présent de commenter.

Ainsi:

a.- Dans l'affaire *WESTLAND* (n° 3879/1984), qui opposait cette dernière société à quatre États du monde arabe à cause d'un contrat qui visait la fabrication et la vente d'hélicoptères pour l'industrie de l'armement, le tribunal arbitral franchit un pas de plus par rapport à la sentence que nous venons de commenter, tout en précisant que « *dans certaines circonstances déterminées, ceux qui n'ont pas signé de clause d'arbitrage peuvent, en tout état de cause, être liés par celle-ci* » et, notamment, « *en cas de succession par titre ou subrogation* », soulignant à juste titre que « *déterminer si les quatre États sont liés par la convention d'arbitrage signée par l'AOI en son propre nom revient exactement à se demander*



du point de vue du droit matériel s'ils sont ou non liés, en général, par les obligations assumées par l'AOI » ; pour conclure de ce fait qu'il:

« convient finalement de mentionner particulièrement les raisons pratiques et les considérations d'équité qui ont motivé la décision des arbitres dans cette affaire, au-delà de ses fondements juridiques (...).

L'équité, conformément aux principes du droit international, permet de lever le voile social, afin de protéger les tiers d'un abus qui pourrait leur être causé ».

En résumé, le mérite de cette décision ne consiste plus à admettre qu'un tiers initialement étranger à la convention d'arbitrage puisse être lié du fait de sa participation « effective et personnelle dans la conclusion, l'exécution et la résiliation du contrat » (par la cession de ce dernier ou pour s'être subrogé dans ses droits et ses obligations), mais à cause d'un abus de droit qui justifie l'application de la doctrine internationale nord-américaine de la levée du voile social⁹. Et, en ce sens, il y a lieu de noter l'important apport de cette sentence, en

⁹ Une intéressante étude d'Enrique PALACIOS PAREJA, *El levantamiento del velo societario en el proceso arbitral* (disponible sur Internet) signale dans quels cas il y a lieu d'appliquer cette doctrine dans le cadre de la procédure d'arbitrage : « a) La société dominante et la société contrôlée ont des dirigeants et des fonctionnaires communs. b) La société dominante finance la société contrôlée. c) Le capital de la société contrôlée est manifestement inadéquat. d) La société dominante assume les salaires et autres frais ou pertes de la société contrôlée. e) La société contrôlée n'exerce d'activités importantes qu'avec sa société dominante, et n'a d'autres actifs que ceux qui ont été transférés par celle-ci. f) Dans les documents de ses employés, la société contrôlée est décrite comme un département ou une division de la société dominante, ou son activité ou responsabilité financière liée à celle de la société dominante. g) La société dominante utilise les biens de la société contrôlée comme s'il s'agissait de biens propres. h) Les directeurs et employés de la société contrôlée n'agissent pas en toute indépendance et dans l'intérêt de celle-ci, mais reçoivent des instructions de la société dominante dans l'intérêt de cette dernière. i) Les formes légales de la société contrôlée ne sont pas observées ». Cet auteur ajoute ensuite, à juste titre, qu'« étendre l'arbitrage à des parties non signataires liés au groupe économique et ayant participé ou obtenu des avantages dans ces affaires au détriment des demandeurs, répond à l'intention des parties (...). On pourra affirmer qu'une telle conclusion étend illégalement et inconstitutionnellement la compétence des arbitres, qui peuvent se prononcer et trancher des prétentions ou des relations juridiques de personnes qui n'ont pas signé la convention d'arbitrage et qui, de ce fait, ne sont pas soumises à la compétence de ceux-ci. Toutefois, cela n'est pas exact car, si la sentence déclare qu'effectivement les entreprises défenderesses appartiennent à un groupe économique et qu'elles ont agi en tant que tel lors de l'exécution du contrat, il y a lieu de considérer que toutes ces personnes morales ont agi comme un sujet unique. Et c'est ce sujet à composition multiple qui a souscrit la clause d'arbitrage, soumettant ainsi tous ses membres à la compétence des arbitres ».



ce que la condamnation d'un tiers qui n'avait pas signé initialement la clause d'arbitrage est confiée désormais au tribunal arbitral, non pas sur le fondement de l'appréciation de faits que nous pourrions qualifier d'objectifs (à savoir, s'il y a eu ou non, selon les normes de Droit matériel, une succession de contrats entre les parties), mais sur la validation de faits bien plus subjectifs, traditionnellement réservés au domaine de la juridiction ordinaire, tout comme déterminer si, en l'espèce, nous nous trouvons face à un fraude à la loi qui justifiait l'application de la levée du voile social¹⁰.

b.- Suite à cette importante décision, il convient de mentionner maintenant une troisième sentence, prononcée dans l'affaire n° 5730/1988, où un fabricant de l'industrie navale poursuit l'entreprise signataire du contrat de vente de marchandises ainsi qu'une autre compagnie du groupe (qui agissait sous le même logo commercial que la première) et le propriétaire de ce dernier. Or, en l'espèce, outre avoir constaté, comme auparavant, la confusion régnante lors de la signature du contrat en ce qui concerne la personne physique ou morale signataire de celui-ci, cette sentence conclut qu'il y a lieu de condamner l'associé unique de l'une des défenderesses du groupe au motif qu'elles agissaient sous un simple nom

¹⁰ Une autre sentence arbitrale, extrêmement intéressante, qui adoptera et développera cette doctrine (dans une plus grande mesure), est celle rendue dans l'affaire n° 8385/1995, figurant dans le *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1996-2000, pp. 474-484. En appliquant des principes de la *lex mercatoria*, le tribunal conclut à juste titre : « *La levée ou non du voile social dépend beaucoup des circonstances de chaque litige. Certains éléments sont presque toujours estimés nécessaires. Ils comprennent une mesure significative de contrôle direct des activités de la filiale par la maison mère ou l'actionnaire et l'insolvabilité de celle-là. Mais ce n'est généralement pas suffisant. La cessation d'activités significatives par la filiale et ses dirigeants est également un facteur qui facilite la levée du voile social. Et si le contrôle et la direction effective par la maison mère a contribué à rendre illusoire un recours contre ladite filiale, la levée du voile social devient encore plus impératif. Une conduite illégitime de la filiale à l'instigation de la maison mère envers la personne cherchant la levée du voile social est un autre élément qui peut faciliter cette levée. La question qui se pose à la fin est celle de savoir dans quelle mesure la fiction juridique de la personnalité morale doit céder le pas devant les réalités de comportement des hommes et cesser de protéger ceux qui se cachent derrière le voile social de façon à promouvoir leurs propres intérêts aux frais de ceux qui ont traité avec la société. Ce sont les faits de l'affaire qui imposent la solution (...). Dans de nombreux litiges internationaux, des tribunaux arbitraux, appliquant des principes internationaux, ont levé le voile social. Il convient de rappeler le précédent remarquable et faisant autorité que représente la décision prise par un groupe d'arbitres distingués (les Professeurs Sanders, Goldman et Vasseur) dans l'affaire Dow Chemical vs Isover Saint Gobain, Affaire CCI n° 4131 (1982) ».*



commercial et que leur associé devait de même répondre personnellement de l'activité commerciale qu'il avait exercée sous ce nom.

À ce sujet, l'argument employé par le tribunal arbitral pour parvenir à une telle conviction est très clair: l'associé unique avait parfaitement connaissance de la convention d'arbitrage, qu'il avait eu l'occasion d'examiner lors de l'étude du projet de contrat qui lui avait été préalablement soumis, ce qui devait, pas conséquent, motiver sa condamnation à titre personnel, même si le contrat avait été signé par son représentant (théorie du gérant de fait), et ce au motif que « *le mandat apparent peut s'étendre à tous les actes, y compris les plus graves, et donc également à la souscription d'une convention d'arbitrage, a fortiori en raison de son caractère usuel dans ce genre de contrats internationaux* ».

La matière objet de la présente étude franchissait ainsi une nouvelle étape: on ne condamnait plus, de manière exclusive, les sociétés du groupe qui avaient effectivement participé à la conclusion, l'exécution et la résiliation d'un contrat mais l'associé unipersonnel desdites sociétés, et ce en vertu des preuves qui démontraient sa participation active dans les faits, et qui permettaient désormais d'accueillir la théorie du gérant de fait, tout particulièrement lorsque l'un de ses employés appose sa signature sur le contrat dans lequel était insérée la clause d'arbitrage. En somme, le cercle de ceux qui pouvaient être partie à une procédure d'arbitrage s'élargissait ainsi considérablement, face à la vision très restrictive qui subsiste encore majoritairement en Espagne¹¹.

c.- Les doctrines précédemment exposées (et notamment celle de l'affaire *DOW CHEMICAL*) seront réaffirmées ensuite lors de sentences qui se succéderont dans les années

¹¹ Comme l'affirme à juste titre l'auteur du commentaire de cette sentence, figurant au Tome II du *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, pp. 419 et ss., « *ce n'est pas uniquement le comportement du dirigeant, pendant et après les négociations contractuelles qui est pris en compte, mais aussi le fait qu'il a créé et entretenu l'apparence d'un groupe en utilisant des noms de navires et des raisons sociales proches les unes des autres... ainsi qu'en mêlant comme à plaisir la gestion et les comptes de ses diverses sociétés (...). Par ailleurs, c'est en raison de la parfaite connaissance de la clause arbitrale qui figurait dans le (contrat) qui lui avait été soumis au préalable que le dirigeant du groupe se voit étendre les effets de la clause compromissoire signée en son nom, sur ses instructions et en sa présence par son employé qui n'était que l'exécutant de sa volonté et n'avait aucun titre à intervenir* ».



quatre-vingts et quatre-vingt-dix¹². Tout particulièrement, une autre décision non moins importante sera rendue en 1998 dans le cadre de l'affaire n° 8910¹³, où le tribunal arbitral sera amené à se prononcer sur deux questions extrêmement intéressantes, qui n'avaient jamais été traitées auparavant avec cette clarté et profondeur: la relation qui existe entre un groupe de contrats (dans l'un desquels s'insérerait uniquement la convention d'arbitrage) et celle des autres sociétés du groupe qui ont souscrit d'autres contrats connexes, mais dépourvus d'une telle clause compromissoire, ainsi que la pertinence d'agir contre le principal actionnaire de toutes ces sociétés qui s'était porté, dans la présente espèce, avaliste de l'opération.

L'hypothèse de fait est concrètement la suivante: la demanderesse, une société commerciale française, signe avec la défenderesse n° 1, société domiciliée aux Émirats Arabes Unis, un contrat de distribution exclusive régi par le droit français contenant une clause de

¹² En raison de leur remarquable intérêt, nous recommandons l'étude des sentences rendues dans les affaires 6519/1991 et 7155/1993, figurant également au Tome III du *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*. Dans la première, après avoir rappelé que le simple fait d'être un groupe ne saurait justifier l'extension d'une clause compromissoire à toutes les sociétés qui le composent, la cour d'arbitrage admet toutefois la demande interjetée à l'encontre d'une autre société de celui-ci, au motif d'apprécier en l'espèce sa participation directe dans la relation contractuelle litigieuse. Comme le déclarera à juste titre DERAÏNS, « *C'est dire qu'il serait excessif de considérer que la signature d'une clause d'arbitrage par une société membre d'un groupe engage nécessairement toutes les sociétés du groupe; en revanche, il serait dans bien des cas tout à fait artificiel et contraire à la réalité économique de limiter pour des raisons purement formelles les effets de la clause d'arbitrage à la société qui l'a signée, lorsque, dans la pratique, d'autres sociétés membres du groupe ont été, au même titre que la société signataire, et parfois au-delà, les véritables acteurs (...). Pour que la clause d'arbitrage s'applique à une société du groupe, trois conditions alternatives doivent être remplies: la société doit avoir joué un rôle actif dans les négociations ou être concernée par l'accord au sein duquel figure la clause d'arbitrage. Ceci est dans la droite ligne de la décision rendue dans l'affaire n° 4131, bien que la sentence ici rapportée semble se contenter d'un rôle, actif il est vrai, dans la négociation du contrat, sans exiger une intervention dans l'exécution de ce dernier, voire sa résiliation, laquelle ne se présume que dans des cas d'espèces et n'est finalement qu'une facette de l'exécution du contrat, aussi paradoxal que cela puisse paraître. La société doit être concernée par l'accord au sein duquel figure la clause d'arbitrage. La formule est vague et son champ d'application paraît large. Une société peut être concernée activement ou passivement. Dans la première hypothèse, on rejoint le cas visé dans l'affaire n° 4131: la société qui négocie, exécute, résilie un contrat est concernée par ce contrat, elle le démontre par ses actes (...). La société doit avoir été représentée, effectivement ou implicitement. Ici, c'est la notion de mandat qui intervient. Il s'agira le plus souvent d'un mandat apparent* ». En revanche, dans la seconde, le tribunal arbitral rejette à juste titre la possibilité d'attaquer d'autres sociétés du groupe non signataires de la convention d'arbitrage après avoir amélioré – à notre avis – la doctrine antérieure, tout en soulignant désormais une idée principale: l'extension d'une telle clause à d'autres sociétés du groupe exige qu'elles aient joué un rôle actif dans la négociation du contrat ou, en d'autres termes, qu'elles soient directement impliquées dans son exécution (pp. 451-454). Comme le souligne à nouveau cet auteur, la jurisprudence arbitrale de la CCI « *a eu le mérite de dégager progressivement des critères permettant aux arbitres de s'affranchir d'un formalisme lié à la signature du contrat tout en respectant la sécurité des transactions, et de statuer à l'égard de tous ceux qui par leur participation ou leur comportement lors de la conclusion du contrat ou son exécution sont liés par la convention d'arbitrage sans l'avoir signée* ».

¹³ *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Tome III, pp. 569-579.



soumission à l'arbitrage de la CCI. Le même jour, la partie demanderesse souscrit avec cette défenderesse et la codéfenderesse n° 2 (société contrôlée majoritairement par la défenderesse n° 1), un accord tripartite en vertu duquel cette seconde codéfenderesse se substituait à la première d'entre elles dans l'exécution du contrat. Pour conclure, le codéfendeur n° 3 était une personne physique, ressortissant des Émirats Arabes Unis, propriétaire de la première défenderesse, qui avait avalisé la seconde vis-à-vis de tout défaut de paiement de celle-ci découlant de la relation contractuelle de distribution précitée.

La société française entame alors une procédure arbitrale à l'encontre des trois codéfenderesses précédemment mentionnées, suite au non paiement de certaines factures par la première d'entre elles. Ces dernières invoquent alors à l'unisson l'absence de compétence de la CIA, au motif que deux d'entre elles n'avaient souscrit aucune convention d'arbitrage.

Le Tribunal arbitral, amené à se prononcer sur sa propre compétence (dans une sentence partielle extrêmement fondée, d'ailleurs), tranche les deux questions ci-dessus énoncées de la manière suivante:

« Bien que la Convention tripartite entre la demanderesse et les défenderesses n° 1 et 2, ne se réfère pas spécifiquement à la clause compromissoire insérée dans le contrat de distribution exclusive et que le principe dit de la clause arbitrale par référence ne trouve pas ici sa place, le tribunal arbitral considère néanmoins que ladite clause est opposable à la codéfenderesse n° 2.

Il existe en effet entre la convention tripartite et le contrat de distribution exclusive un lien d'accessoire, ou encore un rapport de complémentarité permettant de déceler un ensemble contractuel unique assimilable à un contrat. Or, lorsque les parties ont voulu réaliser une opération unique au moyen d'une pluralité d'instruments, on peut considérer que leur volonté était de soumettre à la clause compromissoire contenue dans l'une des conventions tout litige lié à cette opération unique, y compris ceux pouvant résulter de la convention qui en est dépourvue.



Comme le soutient à juste titre L. AYNES (...), ce n'est pas violer l'article 1442 que d'admettre cette extension de la clause d'arbitrage à propos d'un groupe de contrats constituant un ensemble contractuel unique. Cette solution a, du reste, été retenue par la jurisprudence française, et l'on peut à cet égard, citer un arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1996 qui a jugé que: (...) »

En effet, de par la loi émirienne, la distribution des produits ne pouvait qu'être confiée à un citoyen émirien, d'où la désignation, en tant qu'agent, de la défenderesse n° 1, laquelle, la demanderesse, ne disposait pas toutefois des ressources et des moyens matériels suffisants pour exercer cette fonction de distributeur, de sorte qu'il a fallu faire intervenir la défenderesse n° 2 (...).

Or, comme le relève le Professeur COHEN dans l'article précédent, le principe applicable au groupe de sociétés ne pourrait pas, sans plus, être transposé au groupe de contrats puisque dans ce dernier cas, il y a une pluralité d'accords, alors que dans l'hypothèse du groupe de sociétés, il y a une pluralité de parties mais une unicité de contrat (...).

Le tribunal constate toutefois, en l'espèce, l'existence simultanée d'un groupe de contrats et d'un groupe d'entreprises (...), Par ailleurs, la défenderesse n° 1 détient une participation de 51 % de la défenderesse n° 2, dont elle est aussi l'associée ou l'actionnaire dominant (...) ».

Pour conclure, s'agissant de la seconde question antérieurement indiquée (à savoir, s'il y avait lieu de poursuivre la personne physique ou défendeur n° 3, pour le simple fait d'être actionnaire de l'une des sociétés commerciales défenderesses et, au surplus, l'avaliste de la codéfenderesse n° 2), le tribunal conclut avec raison :

« Contrairement à ce que soutient la demanderesse, l'opposabilité de la clause d'arbitrage au défendeur n° 3 ne saurait reposer sur sa qualité de propriétaire de la



défenderesse n° 1 (...). Ce faisant la demanderesse confond deux problèmes, à savoir, celui de l'opposabilité d'une clause compromissoire à une personne qui ne l'a pas signée, et celui de la responsabilité de cette même personne en vertu du droit matériel applicable; mais, cette responsabilité n'est jamais en soi un motif suffisant permettant d'étendre les effets d'une clause arbitrale à une personne qui ne l'a pas signée, en l'espèce, à l'actionnaire dominant de l'entité signataire, ainsi qu'en témoigne la jurisprudence française, qui a toujours recherché si une telle extension pouvait se justifier par la volonté, au moins implicite, des parties ».

En somme, les arbitres se fondent sur la jurisprudence de la Cour de cassation et dissocient clairement les questions de droit matériel, d'une part, et celles de droit de la procédure, de l'autre, pour trouver un juste équilibre entre le respect de la volonté des parties qui avaient voulu se soumettre à l'arbitrage en souscrivant la clause compromissoire, et l'exigence de rendre justice, en évitant que ces mêmes parties, qui avaient initialement signé cette convention, n'échappent par la suite à la juridiction arbitrale ou provoquent des contentieux parallèles lorsqu'en l'espèce leur participation active dans les faits litigieux avait été clairement démontrée. C'est pourquoi le tribunal rejette, en revanche, l'intervention du défendeur n° 3 ou actionnaire du groupe, compte tenu du fait qu'une telle condition – cela va sans dire – ne permet pas de le considérer partie à un contrat conclu par la société commerciale dont il est le propriétaire légitime (de quoi servirait alors le principe de la personnalité morale ?), *a fortiori* lorsqu'il n'a eu aucune intervention dans la souscription, l'exécution et/ou la résiliation de celui-ci.

III. La position des tribunaux

Comme nous l'avons exposé précédemment, les tribunaux français – notamment la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation – ont établi, avec la CIA, une doctrine



jurisprudentielle très claire: la clause compromissoire se transmet avec l'action contractuelle ou, en d'autres termes, « *son caractère accessoire et indissociable du contrat explique qu'elle ait la même faculté de circulation que les autres stipulations de celui-ci, et qu'elle ne puisse être séparée des autres dispositions régissant la créance litigieuse en cas de cession de celle-ci. D'autre part, sa dimension juridictionnelle justifie qu'elle puisse être dissociée du contrat où elle est insérée pour tout ce qui a trait à son existence, à sa validité et à sa force obligatoire, c'est-à-dire, à son efficacité* ». D'autre part, lorsque nous nous trouvons face à un groupe d'entreprises, il convient d'apprécier, selon les tribunaux français, l'intervention concrète des sociétés qui en font partie dans la conclusion, l'exécution et la résiliation du contrat (tout au début ou ultérieurement), et, bien entendu, parvenir à la démontrer. En somme, « *c'est moins l'existence d'un groupe que la considération de l'intention réelle des parties qui fonde la décision, dans la voie arbitrale comme judiciaire* »¹⁴.

Le cercle est ainsi définitivement bouclé: ceux qui sont parties au contrat soumis à arbitrage peuvent être attirés devant un tribunal arbitral (par sa souscription ou par le fait d'avoir assumé la condition de partie au contrat selon l'une des formes prévues par le droit matériel), mais également ceux qui doivent être effectivement considérés en tant que tels, en raison de leur participation concrète dans les faits litigieux (avec ou sans fraude de leur part).

De surcroît, l'ignorance « raisonnable » de l'existence de la clause d'arbitrage est désormais de plus en plus insignifiante, face à la jurisprudence initiale de nos tribunaux¹⁵:

¹⁴ MERINO MERCHÁN et CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3^e Edición, pp. 1298-1299.

¹⁵ De nombreuses notes de jurisprudence peuvent être lues dans plusieurs numéros que la *Revue de l'Arbitrage* a consacrés à ce sujet. Parmi les plus récentes, nous recommandons vivement la lecture d'une étude de COHEN (Revue n° 4 de l'année 2001, pp. 767 et suivantes) dans laquelle cet auteur affirme littéralement que: « *L'analyse de l'arrêt rapporté – qui aura l'honneur du Rapport annuel - par lequel la Cour de cassation énonce que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle (...). Sitôt posé, le principe de transmission trouve cependant une apparente limite quant à son applicabilité: sa mise à l'écart est en effet possible en cas de preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause. Balayant le motif inopérant retenu par la Cour d'appel et tiré de l'absence d'acceptation de la clause d'arbitrage par la partie à l'autre extrême de la chaîne de contrats, les hauts magistrats ont sans doute voulu modérer une position par trop automatique. Mais est-ce possible ? Est-ce suffisant ? On peut légitimement en douter tant cette réserve de l'ignorance n'est pas dépourvue d'une certaine ambiguïté. D'une part, cette réserve cadre mal et paraît même antinomique avec la justification avancée de la transmission de la clause d'arbitrage – la clause se transmet avec l'action contractuelle objectivée et détachée des contingences d'espèce: dès lors que l'action contractuelle se transmet in abstracto, comment faire réserve in concreto de l'ignorance raisonnable de*



« *Qu'il [le cessionnaire] s'adresse au cédant et engage la responsabilité de celui-ci, le cas échéant !* », comme l'a même suggéré un auteur!¹⁶. De manière identique, en Suisse, les tribunaux semblent accueillir cette doctrine de nos jours, où même « *par prudence, il convient de partir de l'idée, excessive mais préventive, que la présomption d'avoir accepté l'arbitrage comme système de résolution des conflits pèse sur chacun* », au point que « *l'histoire semble se répéter mais à l'inverse. La signature devient nécessaire, mais pour la déclaration excluant la clause d'arbitrage* »¹⁷. Affirmations sans doute exagérées – comme le reconnaît leur auteur –,

l'existence de la clause ? Le mélange des genres étonne (...). Enfin, sur le terrain de la preuve, la réserve posée par l'arrêt semble inadéquate: quant à son objet, la preuve d'un fait négatif (prouver son ignorance ! et montrer qu'elle est raisonnable !) s'avère toujours complexe (...) ». Pour le reste, quelques années auparavant (en avril 2002), la Cour d'appel de Paris admettait qu'une clause d'arbitrage avait été transmise à travers un transfert d'avoirs (*Revue de l'Arbitrage*, n° 1/2003, pp. 150-160) et la propre Cour de cassation, dans son arrêt du 6 février 2001 (*Revue de l'Arbitrage*, n° 4/2001, pp. 765 et suivantes), cassait un arrêt de la propre Cour d'appel de Paris de 1998 qui n'admettait pas l'opposabilité d'une clause compromissive au motif qu'elle n'était pas connue de l'une des parties défenderesses.

¹⁶ Comme manifesté par cet auteur dans son commentaire de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 septembre 2003 (*Revue de l'Arbitrage*, n° 3/2004, pp. 623 et suivantes). En l'espèce, une cession de créance avait eu lieu, et la convention d'arbitrage avait été transmise avec elle. D'après cet auteur, « *le cessionnaire est, à l'égard du cédé, dans la même situation que le cédant. C'est pourquoi les tribunaux ont raison de ne pas vérifier s'il a consenti spécialement à la clause compromissive. Il ignorait l'existence même de la clause ? Qu'il s'adresse au cédant et engage la responsabilité de celui-ci, le cas échéant. Il n'y a là aucune atteinte à la relativité de l'effet obligatoire des contrats: l'objet et l'effet de la cession de créance, ou du contrat, sont de faire entrer un tiers, le cessionnaire, dans la relation contractuelle nouée par le cédant avec le cédé* ».

¹⁷ VULLIEMIN (Jean-Marie), *La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral vs convenio arbitral?*, *Spain Arbitration Review*, n° 5/2009, p. 69. Concrètement, cet auteur nous illustre dans cet article sur le contenu de l'une des dernières décisions rendues par le tribunal fédéral suisse, le 16 octobre 2003, de la manière qui suit: « *un contrat de travaux retient trois parties libanaises pour la construction d'un complexe industriel au Liban. Il contient une clause d'arbitrage. Puis le litige surgit et la demanderesse dirige sa demande à l'encontre des deux autres parties au contrat, ainsi qu'à l'encontre d'une personne physique, entrepreneur libanais. Certes, ce dernier n'est pas partie au contrat de travaux; or la demanderesse allègue que ce tiers est intervenu de façon constante dans l'exécution du contrat de travaux. Le tribunal arbitral, siégeant à Genève, admet sa compétence vis-à-vis de l'entrepreneur libanais en appliquant le droit libanais, et celui qui l'a inspiré, le droit français. D'ailleurs, l'entrepreneur libanais avait apporté les terrains à une société contrôlée par sa famille et titulaire du permis de construire, il avait financé les sociétés défenderesses et s'était impliqué personnellement et de façon particulièrement visible dans la présentation du projet immobilier à la presse et au public. Le tribunal arbitral admet sa compétence vis-à-vis de cet entrepreneur, mais ces circonstances ne suffisent pas encore, en soi, pour le rendre partie à l'arbitrage: « Le facteur déterminant est son intromission volontaire et évidente: non seulement dans la direction des défenderesses quant à la gestion du projet immobilier, mais également dans la propre exécution du contrat de travaux litigieux (...). En définitive, il serait contraire aux normes de la bonne foi, lesquelles régissent les relations commerciales internationales, qu'une personne physique qui est intervenue de manière constante et réitérée dans l'exécution d'un contrat puisse, à un moment donné, se retrancher derrière la ou les personnes morales signataires de ce contrat, et nier d'être liée par ses clauses, notamment par la clause d'arbitrage prévue dans celui-ci. Dans de telles conditions, la clause d'arbitrage stipulée dans le contrat doit être personnellement étendue à l'entrepreneur ». L'entrepreneur libanais attaque la sentence devant le Tribunal fédéral, qui rejette le recours. Il convient de mentionner le fondement suivant, devenu célèbre: « (...) dans un certain*



mais qui permettent de mieux comprendre la nouvelle philosophie qui s'impose, et que la Cour de Justice de la CEE a poussé jusqu'à admettre l'opposabilité d'une clause d'arbitrage à un tiers, lorsqu'« *en vertu du droit national applicable, le porteur du titre succède au chargeur dans ses droits et obligations* »¹⁸.

Quant à la jurisprudence espagnole, malgré l'évolution qu'elle a subi ces derniers temps (sous l'influence de notre législateur qui encourage de plus en plus la discipline arbitrale, comme le démontrent les dernières réformes en cours), elle demeure toujours prisonnière, en termes généraux, de vieux axiomes doctrinaux (souvent contestables pour les raisons auparavant énoncées), comme par exemple lorsqu'elle affirme, sans autre raisonnement, que la convention d'arbitrage « *ne pourra déployer ses effets que vis-à-vis des parties qui l'auront souscrite, ses effets contraignants ne pouvant être étendus à des tiers qui ne sont pas intervenus dans cette convention* », tout particulièrement à l'égard du codéfendeur contre lequel est exercée « *l'action en responsabilité spécifique de l'administrateur visée à l'article 105 de la LSRL*¹⁹ (loi espagnole relative aux sociétés à responsabilité limitée), *pour faire jouer sa responsabilité personnelle solidaire aux côtés de la société débitrice* »²⁰ ; dans une action

nombre d'hypothèses, comme la cession de créance, la reprise (simple ou cumulative) de dette ou le transfert d'une relation contractuelle, le Tribunal fédéral admet depuis longtemps qu'une convention d'arbitrage peut obliger même des personnes qui ne l'ont pas signée et qui n'y sont pas mentionnées (...). Le libéralisme qui caractérise la jurisprudence fédérale relative à la forme de la convention d'arbitrage en matière d'arbitrage international se manifeste également dans la souplesse avec laquelle cette jurisprudence traite le problème de la clause arbitrale par référence (...). Pour le surplus, il a déjà été jugé, toujours dans la même optique et de manière plus générale que, en fonction des circonstances, un comportement donné peut suppléer, en vertu des règles de la bonne foi, à l'observation d'une prescription de forme ».

¹⁸ Arrêt de la CJCE du 9 novembre 2000 (C-387/98).

¹⁹ "Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada" ou "loi des sociétés en responsabilité limitée".

²⁰ Arrêt de la Cour d'Appel de Barcelone du 1^{er} février 2003 (JUR 2004\14182) : « *Tel que nous l'avons signalé dans une affaire similaire à la présente, la convention d'arbitrage ne pourra déployer ses effets que vis-à-vis des parties qui l'ont souscrite, et ses effets contraignants ne pourront pas s'étendre à des tiers qui ne sont pas intervenus dans sa souscription, en l'espèce le codéfendeur à l'encontre duquel est dirigée l'action en responsabilité spécifique de l'administrateur visée à l'article 105.5 LSRL (...). Par conséquent, si (a) la convention d'arbitrage ne lie pas ledit défendeur (qui n'a pas souscrit le contrat), (b) il n'y a pas lieu non plus, d'inclure la prétention interjetée à l'encontre de l'administrateur, fondée sur l'inexécution de ses devoirs légaux de gestion sociale et (c) aucune action en Justice n'a été incorrectement cumulée dans la demande, le litige doit demeurer dans la sphère juridictionnelle, sous peine de diviser la matière litigieuse si la déclaration de l'existence de la dette sociale, hypothèse de la prétention adressée à l'encontre de l'administrateur, était renvoyée à une instance arbitrale* ».



découlant d'une faute extracontractuelle à l'encontre du propriétaire d'un local²¹ ou, encore, dans une demande de levée du voile social²². C'est pourquoi, concluent nos tribunaux, il faudra, dans de telles hypothèses, rejeter la compétence des arbitres afin d'éviter la division de l'examen des faits litigieux ou, pire encore, émettre uniquement une sentence partielle sur l'action ou les actions concrètes relevant du champ de la compétence des tribunaux de justice, sans examen des actions relevant de la compétence stricte de la justice arbitrale²³.

En conclusion, la jurisprudence espagnole refuse ouvertement qu'un arbitre puisse connaître d'actions à l'encontre d'un tiers dans une question intimement liée au contentieux soumis à l'arbitrage²⁴ (ce qui peut être certes une question controversée), mais également

²¹ Arrêt de la Cour d'Appel de La Corogne du 24 février 1999 (AC 1999\3930) : « *Le second moyen allégué par la requérante doit également être rejeté, puisqu'il est le corollaire du précédent, car s'il est vrai que la juridiction compétente pour connaître des litiges sur la responsabilité patrimoniale des administrations publiques est, effectivement, la juridiction du contentieux administratif, il existe cependant d'autres motifs qui signalent la primauté de l'ordre juridictionnel civil lorsque les défendeurs sont l'Administration et un tiers, pour éviter un division de la matière litigieuse (Arrêts du Tribunal Supremo [Cour de cassation] du 8 mai et du 15 septembre 1998, RJ 1998\3708 et 6472). Ceci dit, en l'espèce, la partie demanderesse exerce deux actions indépendantes et cumulées, l'une découlant de la responsabilité contractuelle de l'entité bailleuse du local qui, comme nous l'avons vu précédemment, doit être tranchée dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, et l'autre découlant d'une faute extracontractuelle et introduite à l'encontre du propriétaire dudit local, la Municipalité de Ferrol; l'examen des faits litigieux n'est donc pas divisé et la juridiction civile n'est pas compétente dans la mesure où la décision de fond n'affectera que cet organisme public. La juridiction administrative est donc l'unique juridiction compétente pour connaître de l'action introduite, comme le souligne le jugement attaqué, qu'il y a lieu de confirmer dans son intégralité ».*

²² Arrêt de Cour d'Appel de Gérone du 14 février 2002 (JUR 2002\125253) : « *D'autre part, du fait de l'existence de deux parties défenderesses, et indépendamment de l'éventuelle identité réelle sous-jacente entre celles-ci, si l'une d'elles accepte de se soumettre à la juridiction ordinaire (qu'elle a invoquée tout en soulevant la question de compétence territoriale pour souligner la clause de soumission expresse aux tribunaux de Gérone, face à l'autre partie défenderesse qui prétend, en revanche, faire valoir la soumission à l'arbitrage), nous nous trouvons devant une procédure où la partie demanderesse et l'un des codéfendeurs allèguent la compétence juridictionnelle pour trancher le litige, et où l'autre codéfendeur invoque par contre, la clause d'arbitrage. Face à cette divergence et l'impossibilité de diviser la matière litigieuse, il y a lieu de considérer que l'arbitrage est un système alternatif de résolution des conflits face au système général ou commun assuré par les tribunaux de Justice; raison pour laquelle nous devons conclure, en l'espèce, que la procédure a été dûment suivie par devant ces tribunaux, et rejeter le moyen unique du recours interjeté par la partie défenderesse AREA DE SERVEI SANTA SECLINA S.A ».*

²³ Arrêt de la Cour de Cassation du 28 avril 1994 (RJ 1994\2975) : « *La validité de la soumission à l'arbitrage à des matières sur lesquelles porte le contrat est pleinement valable et une telle validité ne saurait lui être niée en donnant une version des faits autre que celle déclarée et prouvée en instance et en niant ainsi l'efficacité du contrat (...). Il n'est pas possible de déroger à la compétence en raison de la matière même par la voie procédurale du cumul des actions; et un organe judiciaire ne peut connaître de ce qui lui serait interdit si les actions avaient été introduites séparément (arrêt du 9 septembre 1991, RJ 1991\6050).*

²⁴ YÁÑEZ VELASCO, *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje*, Valencia, 2004, p. 418, affirme à ce sujet qu'« *aucun doute ne devrait poser le fait que l'arbitre est compétent parce que les parties qui souscrivent la convention d'arbitrage lui attribuent ad causam sa compétence et, par conséquent, que le tiers*



d'autres hypothèses où la partie défenderesse est bien celle qui a acquis la condition de partie au contrat en vertu des normes de droit matériel²⁵.

Toutefois, une certaine évolution de cette doctrine semble s'imposer progressivement, tout particulièrement grâce à l'arrêt de la Cour d'Appel de Madrid du 17 novembre 2005, prononcé à l'encontre, précisément, d'une sentence rendue par la CIA²⁶. Tout particulièrement, une procédure d'arbitrage avait été engagée par devant cette Cour contre plusieurs parties (dont l'une d'elles n'avait pas signé de clause compromissoire), et ladite Cour condamne finalement l'un des codéfendeurs en vertu de la doctrine de la levée du voile social. Saisie d'un recours en annulation, la Cour d'Appel de Madrid rejette ce dernier (formé sur le fondement de l'article 45.5 de l'ancienne loi espagnole sur l'arbitrage, par son caractère prétendument contraire à l'ordre public), tout en affirmant littéralement que:

« Le concept de sentence contraire à l'ordre public doit être interprété au regard des principes de notre Constitution et, d'après la décision de la Cour Constitutionnelle du 43/1986 du 15 avril 1986, il exige pour qu'il puisse être dûment invoqué une atteinte aux droits fondamentaux et aux libertés publiques garanties constitutionnellement à travers l'article 24 de la Constitution espagnole (...). Il n'y a pas lieu de considérer, comme le prétend le recours, que l'interprétation à laquelle parvient la sentence arbitrale, selon laquelle le requérant M. Rafael était partie au contrat dans lequel figurait la convention d'arbitrage, est contraire à l'ordre public, conclusion à laquelle elle parvient à travers l'application de la théorie de la levée du voile sociale, dans la mesure où cette conclusion repose sur les preuves produites lors de la procédure arbitrale, qui démontrent que la

qui n'a pas souscrit la clause compromissoire ne pourrait donc être appelé par cet arbitre au procès arbitral. En revanche, cette possibilité est ouverte dans une procédure judiciaire, parce que le juge étatique tient sa compétence de l'État et qu'elle s'étend à tout justiciable dans la mesure où cette origine, naissance ou nature (de la juridiction) est étrangère à la volonté des parties. En tout état de cause, une telle prétention de l'arbitre exigerait que le tiers s'y prête volontairement.»

²⁵ Voir l'intéressante décision de Cour d'Appel d'Avila du 6 septembre 1995 (citée dans le livre de LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de Diciembre*, 2004, pp. 152-153), qui tranche un cas de succession procédurale dans le cadre d'une procédure d'arbitrage (et donc différent de ceux que nous analysons dans cette étude).

²⁶ ALONSO PUIG, *Recepción del Arbitraje comercial internacional en España. Experiencias derivadas de la nueva Ley de Arbitraje española. Problemas sustantivos y procesales. España como sede de arbitrajes internacionales*, "El Arbitraje internacional: cuestiones de actualidad", AAVV, Barcelona, 2009, pp. 179-181.



société Energía y Secado S.A., signataire du contrat du 2 juin 2000, était un simple instrument aux mains du requérant, compte tenu de son patrimoine tout à fait insuffisant, de son caractère d'associé quasi-exclusif de celle-ci et de sa condition d'administrateur de ladite société, ce qui a amené les arbitres à considérer que ladite société était un simple instrument aux mains de M. Rafael (...). Selon le second moyen de nullité, les arbitres auraient tranché des questions non soumises à leur décision, et auraient de ce fait excédé leurs compétences, cause de nullité visée à l'article 45 de la loi espagnole relative à l'arbitrage, au motif que M. Rafael n'était pas partie au contrat du 2 juin 2000, étant donné qu'il était intervenu dans le contrat dans lequel était insérée la clause d'arbitrage en sa condition d'administrateur et représentant légal d'Energía y Secado S.A. (...). La nouvelle loi espagnole relative à l'arbitrage 60/2003 reconnaît dans son article 22 la faculté des arbitres de se prononcer sur leur propre compétence, voire sur les exceptions liées à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ou sur toute autre question dont l'admission empêcherait d'analyser le fond de l'affaire (...). Dans ce même ordre d'idées, il convient d'insister sur le fait que la substitution de la fonction juridictionnelle de l'État par la juridiction privée convenue par les parties qui se soumettent à un arbitrage, ne saurait être empêchée ou entravée par une interprétation restrictive contraire à la logique la plus raisonnable et à la propre initiative des parties qui ont décidé de résoudre leurs différends dans une procédure arbitrale, tout en permettant l'exercice d'une action en nullité qui prétend, en réalité, contester le bien-fondé juridique de la sentence arbitrale à laquelle s'oppose la partie requérante (...). Il ressort de l'extension et du contenu de la clause d'arbitrage que l'accord portait sur toutes les questions litigieuses pouvant surgir entre les parties au contrat; par conséquent, il y a lieu de considérer que lorsque les arbitres, en vertu de la convention d'arbitrage, ont statué que le contrat a été signé par M. Rafael en sa qualité de personne physique et non seulement en tant que simple administrateur ou représentant de l'entité Energía y Secado S.A., ils n'ont pas excédé leurs fonctions, étant donné qu'ils ont tranché le litige dont ils ont été saisis par les parties en vertu de la convention d'arbitrage, puisque l'un des différends soulevés pendant la procédure d'arbitrage était l'intervention



de M. Rafael dans le contrat; les arbitres, conformément à ce que les parties avaient convenu dans le cadre des différends dont ils avaient été saisis par celles-ci, et en vertu de leur propre compétence, se sont donc prononcés sur ces prétentions, étant donné que les questions et différends soumis à arbitrage étaient tous ceux qui pouvaient surgir entre les parties au contrat. Connaître si M. Rafael était ou non partie à ce contrat constituait donc une question intimement liée au contrat, et devait de ce fait être tranchée au cours de la procédure d'arbitrage ».

Ainsi, la Cour d'Appel de Madrid, contrairement à la doctrine traditionnelle espagnole, admet pour la première fois en Espagne qu'un tribunal arbitral puisse se prononcer vis-à-vis d'une partie qui n'a pas souscrit une convention d'arbitrage, conformément au célèbre principe de *Kompetenz Kompetenz* et considère – à juste titre selon nous – qu'à travers la levée du voile social, les arbitres ne font que se prononcer, en fin de compte, sur toutes les questions qui ont été soumises à leur juridiction, et qui découlent de ladite convention.

IV. Conclusion

En guise de conclusion finale, nous estimons que loin de pouvoir être critiquées, les décisions que nous venons d'analyser doivent être applaudies d'un point de vue théorique mais surtout pratique, dans la mesure où elles contribuent à résoudre efficacement de nombreux conflits de juridiction qui ne font qu'augmenter en raison de la mondialisation de l'économie ainsi que de la complexité croissante de nombreux contrats.

D'un point de vue théorique, en effet, une étude attentive des cas que nous venons d'analyser révèle que nous ne pouvons plus parler de « tiers » au sens procédural du terme, mais tout au plus de sujets initialement étrangers à la souscription d'une convention



d'arbitrage qui, par la suite, en vertu de normes de droit matériel²⁷, sont devenus de vraies parties au contrat. Tel est le cas, par exemple, d'une cession de contrat ou d'une succession de contrats dans le cadre d'une opération de fusion par absorption (parmi tant d'autres exemples qui pourraient être cités). C'est pourquoi, d'ailleurs, nous avons préféré d'utiliser le principe de « partie initialement non signataire de la convention d'arbitrage », plutôt que celui de « tiers », c'est-à-dire, de personne morale ou physique étrangère à cette dernière.

Toutefois, nous devons admettre que certains cas peuvent s'avérer plus douteux, tout particulièrement lorsqu'un tribunal arbitral ne se prononce pas au regard de celui qui est partie au contrat, *stricto sensu* (quel qu'en soit le motif), mais au regard de celui qui, n'ayant pas acquis une telle qualité selon les normes de droit matériel, a eu toutefois une intervention décisive dans les faits comme, par exemple, dans l'hypothèse précédemment analysée par la Cour d'Appel de Madrid. Ceci dit, il existe de multiples raisons qui justifient l'intervention des arbitres dans ces hypothèses (éviter des contentieux parallèles, par exemple) et, entre elles, la plus importante: éviter l'immense préjudice que peut subir la partie qui a vu rejetées devant les tribunaux ses prétentions à l'encontre d'une pluralité de défendeurs en raison de l'existence d'une clause compromissoire signée par l'un d'entre eux et, ultérieurement, par ces mêmes motifs, par un tribunal arbitral, sous prétexte maintenant que la convention ne lie que celui qui l'a souscrite, se voyant ainsi confrontée à un vrai déni de Justice^{28 29}.

²⁷ Pour une analyse des différentes hypothèses qui peuvent justifier une extension des effets de la convention d'arbitrage à des sujets initialement non signataires de celle-ci, voir l'ouvrage de MERINO MERCHÁN et CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral, op. cit.*, pp. 1288 et ss. Après avoir souligné, à juste titre, qu'il s'agit d'une question difficile qui devra être tranchée au cas par cas, ces auteurs signalent également que toutes ces hypothèses se réduisent à deux grands groupes, comme exposé précédemment: des cas où « l'intervention de plusieurs parties obéit à une situation de connexité ou de dérivation de la propre position des parties (il s'agit des cas typiques de sous-traitance, de cession de contrat et de cautionnement ou garantie, lesquels ne constituent pas en réalité une pluralité de parties au sens strict) » et « d'autres cas réellement plus complexes, où la pluralité de parties dans un arbitrage découle de relations matérielles de différents contrats, dans le cadre d'une vaste opération; ou verticalement, d'une participation dans la mise en œuvre ou l'exécution des différents contrats souscrits; ou d'une combinaison des deux ».

²⁸ Selon Luis CABALLO ANGELATS, *El tratamiento procesal de la excepción de Arbitraje*, Barcelona, 1997, pp. 48-49, « l'échec de l'arbitrage n'empêche pas les tribunaux de connaître intégralement du litige, même s'ils ont rendu auparavant des décisions que établissent l'obligation d'y recourir ». Ceci dit, une telle possibilité nous semble difficile lorsqu'une décision admettant un déclinatoire de compétence devient définitive, et qu'un tribunal arbitral refuse par la suite de connaître de ce même litige dont la juridiction ordinaire s'était antérieurement dessaisie. Par ailleurs, il nous paraît encore plus difficile, comme le signale à juste titre cet auteur, que « la responsabilité



En effet, comme le souligne la jurisprudence arbitrale susvisée de la CIA, il ne s'agit pas – loin de là – d'attirer de manière indiscriminée toute personne, physique ou morale, qui n'était pas partie initialement à la convention d'arbitrage (la prudence s'impose, dans ces cas-là³⁰), mais uniquement celle ou celles (*a fortiori*, lorsqu'il s'agit de groupes d'entreprises) qui ont eu une intervention décisive dans les vicissitudes de la relation contractuelle. Par conséquent, comme le souligne à juste titre la Cour d'Appel de Madrid, les arbitres se prononcent en l'occurrence conformément à ce qui a été convenu par les parties, sur les questions qui leur ont été soumises dans le cadre de la procédure arbitrale, conformément à leur propre compétence, et ne font que trancher leurs prétentions, les mêmes – faut-il ajouter –, qu'elles ont désiré soumettre lors de la signature de la convention d'arbitrage. En effet, faut-il conclure que les parties, lors de la stipulation de ladite convention, voulaient écarter, par exemple, dans le cadre d'un futur arbitrage, l'éventuel exercice d'une action de levée du voile social permettant à celui qui a exécuté de bonne foi le contrat, d'obtenir ensuite une résiliation

patrimoniale de l'Etat puisse être exigée » (du moins avec succès, en raison des nombreux obstacles que notre législateur établit à cet effet) si les tribunaux refusent ultérieurement de connaître de ce litige.

²⁹ Comme le décrivent MERINO MERCHÁN et CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral, op. cit.*, p. 1303, « une conception plate de l'arbitrage, qui relativise ses effets aux parties strictement liées par une seule convention, se heurte à la réalité des transactions commerciales du monde actuel où les contrats complexes avec une pluralité de parties, nécessairement impliquées dans un projet commun, constitue une réalité qui n'a pas besoin d'être relevée ».

³⁰ Comme le signale à juste titre ALONSO PUIG, *Recepción del Arbitraje comercial internacional en España. Experiencias derivadas de la nueva Ley de Arbitraje española. Problemas sustantivos y procesales. España como sede de arbitrajes internacionales, op. cit.*, p. 181, « il est prévisible et souhaitable de continuer d'avancer dans cette direction: i) pour mieux définir et délimiter les hypothèses où il y aura lieu d'admettre l'extension de la convention d'arbitrage à celui qui ne l'a pas souscrite (lesquelles devront généralement se limiter aux cas où il a été établi que celui qui n'a pas signé la convention d'arbitrage est cependant celui qui a réellement assumé le rôle de partie dans la préparation, la souscription et l'exécution du contrat); et (ii) pour éviter ainsi, d'une part, l'incertitude qui existe aujourd'hui dans la matière, et de l'autre, que des abus soient commis sous le parapluie de l'une de ces théories; par exemple, l'abus que constitue le fait d'imposer automatiquement à une société mère une soumission à arbitrage par le simple fait de sa participation naturelle dans l'actionnariat de l'une de ses filiales qui aura souscrit une convention d'arbitrage ». De manière identique DIMOLITSA, *Constestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage*, "Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI", Vol. 7/Nº 2, 1996, pág. 18, affirme à juste titre que "l'on pourrait dire que c'est avec beaucoup de circonspection et consciente des besoins et de la raison d'être même des groupes de sociétés que la Cour tente une levée prima facie du voile social et applique l'art. 8.3, au lieu de confirmer l'application de l'art. 7, selon les circonstances précises de chaque affaire et sur la base de critères plutôt stricts et homogènes; et que c'est de toute façon aux arbitres qu'incombe, pour chaque cas particulier, l'examen approfondi et minutieux des circonstances, car ce sont eux qui ont la charge principale de la décision sur l'existence subjective de la convention d'arbitrage".



utile de ce dernier (en termes d'exécution, bien entendu) face à un cas de fraude ou d'abus de droit manifeste de la partie contraire?

Dès lors, si la réponse à cette question s'avère négative, nous estimons que des doctrines comme celles qui ont été analysées dans la présente étude contribuent à mieux comprendre l'institution de l'arbitrage ; à dépasser des théories construites sur des axiomes inexacts mais, surtout, à offrir des solutions pratiques (qui devraient, certes, faire l'objet d'une intervention législative en profondeur³¹) aux justiciables, dans un contexte d'une mondialisation croissante de notre économie, qui exige des réponses efficaces, rapides et imaginatives, face à la multitude de formules contractuelles qui surgissent de nos jours.

³¹ Comme l'indiquent également MERINO MERCHÁN et CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho arbitral, op. cit.*, p. 1310, « une action idéale est difficile à discerner dans l'état actuel de l'arbitrage multipartite. Dans la ligne de ce qui a été exposé, l'effort devrait peut-être être combiné: consolidation ou cumul d'abord, à caractère conventionnel et au niveau des règlements institutionnels, et accroissement logique des pouvoirs des arbitres et de l'autorité de désignation; cumul judiciaire supplétif ensuite, sur la base d'une action législative résolue qui respecte les principes fondamentaux et les valeurs de l'arbitrage ».