



HAL
open science

L'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage

Jalal Mhaoun

► **To cite this version:**

Jalal Mhaoun. L'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage. Droit. Université de Bordeaux, 2022. Français. NNT : 2022BORD0405 . tel-03969237

HAL Id: tel-03969237

<https://theses.hal.science/tel-03969237>

Submitted on 2 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE

L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N° 41)
SPÉCIALITÉ : DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Jalal MHAOUN**

**L'OPPOSABILITÉ AUX TIERS DE LA
CONVENTION D'ARBITRAGE**

Sous la direction de Monsieur le Professeur : **Bernard SAINTOURENS**

Soutenue publiquement le 13 décembre 2022 à 14H

MEMBRES DU JURY

M. Dominique BUREAU

Professeur à l'Université de Paris 2 Panthéon-Assas

Rapporteur

M. Jean-Philippe DOM

Professeur à l'Université de Rouen

Rapporteur

M. Gaël PIETTE

Professeur à l'Université de Bordeaux

Président du jury

M. Bernard SAINTOURENS

Professeur Émérite à l'Université de Bordeaux

Directeur de thèse

L'Université n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont à Monsieur le Professeur Bernard SAINTOURENS, pour avoir dirigé ces recherches, pour ses conseils avisés, et sa bienveillance. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma plus sincère reconnaissance.

Je tiens également à remercier tout particulièrement mon épouse, pour ses relectures attentives et ses corrections, et plus généralement pour son soutien sans faille, tant matériel que moral.

Je remercie enfin ma famille, mes amis et mes camarades doctorants, pour leur encouragement et soutien.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Act.</i>	Actualité
<i>Act. proc. coll.</i>	Actualité des procédures collectives
<i>Ad.</i>	Ajouter
<i>Aff.</i>	Affaire
<i>AJDA</i>	Actualité juridique Droit administratif
<i>AJ. Fam.</i>	Actualité juridique Famille
<i>Al.</i>	Alinéa
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique
<i>Art. préc.</i>	Article précité
<i>Ass. plén.</i>	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Banque & dr.</i>	Revue Banque & droit
<i>BJ. ent. en diff.</i>	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
<i>BRDA</i>	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
<i>BTL</i>	Bulletin des Transports et de la Logistique
<i>Bull. ASA</i>	Bulletin de l'Association Suisse de l'arbitrage
<i>Bull. CCI</i>	Bulletin de la Chambre de commerce international
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. ass. plén.</i>	Bulletin de la Cour de cassation, assemblée plénière
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. mixte</i>	Bulletin de la Cour de Cour de cassation, chambre mixte
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>Cah. dr. ent.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
<i>CAPJIA</i>	Cahiers de l'arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
<i>CCC</i>	Revue Contrats concurrence consommation
<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>C. com.</i>	Code de commerce
<i>C. conso.</i>	Code de la consommation
<i>CCI</i>	Chambre de commerce international
<i>CE</i>	Conseil d'État
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>CEU</i>	Central European University
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> (se référer à)
<i>Chron.</i>	Chronique
<i>Civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>CJCE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CMF</i>	Code monétaire et financier
<i>Coll.</i>	Collection
<i>Com.</i>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Comm.</i>	Commentaire
<i>Cons. const.</i>	Conseil constitutionnel
<i>Contra.</i>	Opinion contraire
<i>Conv. EDH</i>	Convention européenne des droits de l'homme
<i>Comp.</i>	Comparer
<i>CPC</i>	Code de procédure civile
<i>Crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>CSP</i>	Code de la santé publique
<i>C. trav.</i>	Code du travail
<i>D.</i>	Recueil Dalloz

<i>Dactyl.</i>	Dactylographiée
<i>D. H.</i>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire Defrénois
<i>DMF</i>	Droit maritime français
<i>Doctr.</i>	Doctrine
<i>Dr. banc. et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Dr et pat.</i>	Revue Droit et patrimoine
<i>Dr. soc.</i>	Revue Droit des sociétés
<i>éd.</i>	Édition(s)
<i>EDCE</i>	Études et documents du Conseil d'État
<i>Ess. D. Ent. Diff.</i>	L'ESSENTIEL des entreprises en difficultés.
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>Gaz. pal.</i>	Gazette du Palais
<i>GIG</i>	Graduate Institute of Geneva
<i>IAA</i>	International arbitration attorney
<i>Ibid.</i>	Ibidem (au même endroit)
<i>Id.</i>	Idem (le même)
<i>I.e.</i>	Id est (c'est-à-dire)
<i>In</i>	Dans
<i>Infra.</i>	Ci-dessous
<i>Jcl. Adm.</i>	Juris-Classeur de droit administratif
<i>Jcl. Civ.</i>	Juris-Classeur de droit civil
<i>Jcl. Com.</i>	Juris-Classeur Commercial
<i>Jcl. Contrats-Distribution</i>	Juris-Classeur Contrats-Distribution
<i>Jcl. Proc. civ.</i>	Juris-Classeur de procédure civile
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JCP E.</i>	Juris-Classeur Périodique édition entreprise
<i>JCP G.</i>	Juris-Classeur Périodique édition générale
<i>JCP N.</i>	Juris-Classeur Périodique édition notariale
<i>JCP S.</i>	Juris-Classeur Périodique édition sociale
<i>Juris.</i>	Jurisprudence
<i>Lamy dr. civ.</i>	Revue Lamy droit civil
<i>LDIP</i>	Loi fédérale suisse sur le droit international privé
<i>L.G.D.J</i>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LICAM</i>	Lettre d'information de la chambre maritime de Paris
<i>Loc. cit.</i>	Loco citato (passage cité)
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>N°</i>	Numéro
<i>Not.</i>	Notamment
<i>Obs.</i>	Observations
<i>Op. cit.</i>	Opere citato (ouvrage cité)
<i>P.</i>	Page(s)
<i>Préc.</i>	Précité
<i>Préf.</i>	Préface
<i>Procédures</i>	Revue Procédures
<i>PUAM</i>	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
<i>PUF</i>	Presses Universitaires de France
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>Rappr.</i>	Rapprocher
<i>RCADI</i>	Cours de l'Académie de droit international de La Haye
<i>RCDIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RCLJ</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>RDAI</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDS</i>	Revue de droit suisse

<i>RD sanit. soc.</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RDP</i>	Revue du droit public
<i>RDUS</i>	Revue de droit de l'université de Sherbrooke
<i>Rec. CJCE</i>	Recueil CJCE
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rép. dr. trav.</i>	Répertoire de droit du travail Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire de droit commercial Dalloz
<i>Rép. min.</i>	Réponse ministérielle
<i>Rép. proc. civ.</i>	Répertoire de procédure civile Dalloz
<i>Rép. dr. pén. et proc. pén.</i>	Répertoire de droit pénal et procédure pénale Dalloz
<i>Rép. soc.</i>	Répertoire des sociétés Dalloz
<i>Req.</i>	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Resp. civ. et assur.</i>	Revue Responsabilité civile et assurances
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RGD</i>	Revue générale de droits
<i>RGDA</i>	Revue générale de droits des assurances
<i>RGDP</i>	Revue générale des procédures
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDP</i>	Revue internationale de droit de procédures
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJ. com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RLDA</i>	Revue Lamy Droit des affaires
<i>RPC</i>	Revue des procédures collectives
<i>RPDF</i>	Revue pratique de droit français
<i>RRJ Droit prospectif</i>	Revue de la recherche juridique – droit prospectif
<i>RSG</i>	Revue des sciences de gestion
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commerciale
<i>S.</i>	Semaine juridique
<i>s.</i>	Suivants
<i>Soc.</i>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>S. dir. de</i>	Sous la direction de
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>Supra.</i>	Ci-dessus
<i>T.</i>	Tome
<i>T.C.</i>	Tribunal des conflits
<i>Trib. com</i>	Tribunal de commerce
<i>Trad.</i>	Traduction
<i>V.</i>	Voir
<i>Vol.</i>	Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA CONCEPTUALISATION DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ AUX TIERS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.....	44
--	-----------

TITRE I : LE PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ OU LE RAYONNEMENT DES EFFETS DU CONTRAT À L'ÉGARD DES TIERS	46
---	-----------

CHAPITRE I : LA CONCEPTION DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ EN DROIT COMMUN	48
---	----

CHAPITRE II : LA RÉCEPTION DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ EN DROIT DE L'ARBITRAGE.....	208
--	-----

TITRE II : LES MÉCANISMES DU RAYONNEMENT DES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE À L'ÉGARD DES TIERS : LES INSTRUMENTS DE LA RÈGLE DE L'ATTRACTION	282
---	------------

CHAPITRE I : L'ATTRACTION DES TIERS À L'ARBITRAGE PAR CIRCULATION COMPROMISSOIRE	284
--	-----

CHAPITRE II : L'ATTRACTION DES TIERS À L'ARBITRAGE PAR EXTENSION COMPROMISSOIRE.....	308
--	-----

SECONDE PARTIE : L'EFFICACITÉ DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ AUX TIERS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	355
--	------------

TITRE I : UNE OPPOSABILITÉ LIMITÉE : LA PERTURBATION DE LA RÈGLE DE L'ATTRACTION	357
---	------------

CHAPITRE I : LES LIMITES D'ORDRE JURIDIQUE ET OBJECTIF.....	358
---	-----

CHAPITRE II : LES LIMITES D'ORDRE EXTRA-JURIDIQUE ET SUBJECTIF.....	484
---	-----

TITRE II : UNE OPPOSABILITÉ RENOUVELÉE POUR UNE EFFICACITÉ RENFORCÉE	539
---	------------

CHAPITRE I : LES ÉLÉMENTS DE LA CONCEPTION RENOUVELÉE.....	541
--	-----

CHAPITRE II : L'IMPACT DE LA CONCEPTION RENOUVELÉE.....	634
---	-----

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Omnis definitio in jure civili periculosa est* »¹.

JAVOLENUS, jurisconsulte romain du 1^{er} siècle.

1. Première vue sur le sujet. Il est sans doute audacieux de proposer une étude consacrée à « *l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage* ». La présente thèse conduit en effet à devoir s'appuyer sur trois termes qu'il peut paraître difficile d'associer. Par « *opposabilité* », on désigne l'aptitude d'un droit, d'un acte, d'une situation de droit ou d'un fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers². Par « *tiers* », on désigne toute personne autre que les signataires de l'accord arbitral. Par « *arbitrage* », on vise un domaine composite à la fois contractuel et juridictionnel³. Un territoire délimité par le critère volontariste, pénétré uniquement par ceux qui ont consenti à la convention d'arbitrage. Un territoire où la convention d'arbitrage se trouve doublement relative dans ses effets et écarte donc de son champ toute personne arborant la qualification de tiers⁴.

2. En sus de la difficile association des termes, notre sujet fait appel à des notions complexes. En effet, il suffit de tenter de définir l'opposabilité en droit commun, de cerner la notion de tiers ou de saisir la nature juridique de la convention d'arbitrage pour mesurer l'ampleur et les difficultés qui guettent la recherche juridique sur ces problèmes. Assurément, traiter de l'opposabilité en droit de l'arbitrage, c'est recenser tous les dangers que provoque la rencontre du droit processuel avec les principes du droit substantiel. En particulier la difficulté qui fut développée par certains auteurs de la doctrine, notamment par Jean-Louis GOUTAL,

¹ « *Toute définition est périlleuse en droit* ».

² V. en ce sens : Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. 9^{ème}, Quadriège, PUF, 2011, v. opposabilité.

³ V. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique*, préf. Jean VINCENT, L.G.D.J, 1965 ; Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préf. Bruno OPPETIT, L.G.D.J, 1987. Cité par : Bruno OPPETIT, « *Présentation générale* », in, *L'arbitrage et les tiers*, Journée du comité français de l'arbitrage, Paris 5 mai 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 433.

⁴ V. Bruno OPPETIT, *op. cit.*, p. 433.

selon laquelle les solutions dégagées par le principe d'opposabilité en droit commun contractuel seront moins intéressantes en matière d'arbitrage, ou encore que l'une des applications les plus utiles de l'opposabilité — celle qui permet de retenir une faute à la charge du tiers complice de la violation par une partie de ses obligations contractuelles — sera dépourvue d'intérêt en matière d'arbitrage⁵.

3. Bien que leur rencontre apparaisse conflictuelle, l'étude de l'opposabilité en droit de l'arbitrage n'est cependant pas dénuée d'intérêt, tant s'en faut : si le principe de l'opposabilité est défini en droit commun comme l'aptitude d'un acte à faire sentir ses effets à l'égard de tierces personnes, la convention d'arbitrage, en tant que convention de procédure, doit également être apte à « rayonner » et à « étendre » ses effets à l'égard des tiers dans les conditions que nous aurons l'occasion d'examiner. Ainsi, l'étude de l'opposabilité en droit de l'arbitrage ambitionne avant toute chose l'étude du procédé d'extension des effets de la convention d'arbitrage en dehors du cercle contractuel ; un rayonnement qui a pour ultime conséquence l'attraction des tiers devant un tribunal arbitral.

4. Au demeurant, si l'on remonte aux origines de la règle de l'attraction pour s'enquérir de ses motifs, il est aisé de reconnaître que la question n'est pas aussi ancienne que l'arbitrage. Elle a été mentionnée pour la première fois dans le cadre des groupes de sociétés. Bien que nous lui trouvions une trace dans l'arbitrage d'investissement⁶, c'est la sentence de la Chambre de Commerce internationale de Paris rendue le 23 septembre 1982 qui marque, selon certains auteurs de la doctrine⁷, le *dies a quo* de la solution et de la question relative au rayonnement des effets de la convention d'arbitrage en dehors du cercle contractuel dessiné par les parties signataires. Le tribunal arbitral a décidé 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*

⁵ V. Jean-Louis GOUTAL, « *L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats* », in, Journée du comité français de l'arbitrage, Paris 5 mai 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 449 et s., spéc. p. 451.

⁶ Sentence CIRDI, 1^{er} juill. 1973, (*Holiday Inn c./Morocco*), in, Pierre LALIVE, « *The First World Bank Arbitration, Holiday Inns v. Morocco, Some Legal Problems* », *British Yearbook of international Law*, Vol. 51, Issue 1, 1980, Pages 123–162.

⁷ Benoît LE BARS, Gérard WORMS, Joseph DALMASSO, Alexandre LAZAREFF, *Arbitrage commercial international : les grands arrêts du droit français*, LexisNexis, 2016, p. XXIX ; Charles JARROSSON, « *Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés* », in, *The Arbitration Agreement - Its Multifold Critical Aspects, ASA Spécial Series* n° 8, 1994, p. 209.

ceux-ci et par les litiges qui en peuvent découler »⁸. La décision sera confirmée quelques mois plus tard par la Cour d'appel de Paris qui jugera que : « *Par une interprétation souveraine des conventions susvisées et des documents échangés lors de leur négociation et de leur résiliation, les arbitres ont jugé, au terme d'une motivation pertinente et exempte de contradiction, que, suivant la volonté commune de toutes sociétés intéressées, les sociétés (...) avaient été parties à ces conventions bien que ne les ayant pas matériellement signés, et que la clause leur était dès lors applicable* »⁹. Cette solution a fait couler beaucoup d'encre et a été l'objet de nombreux monographies¹⁰, écrits¹¹ et journées d'étude¹². Pourtant, la question n'a jamais cessé d'être un motif de discordance chez les commentateurs¹³ et elle est plus que jamais un sujet d'actualité.

5. Problématique. Il convient d'axer notre réflexion autour de la question suivante : sur quel fondement les arbitres et les juges admettent-ils l'attraction d'une personne tierce à la procédure d'arbitrage bien qu'elle n'ait pas été signataire de la convention d'arbitrage ? Alors que le principe de l'effet relatif, celui de l'autonomie de la personnalité juridique des sociétés, ou encore le principe de l'égalité de traitement en matière de droit de la défense constituent autant d'obstacles à cette attraction, serions-nous devant une conséquence du principe de l'opposabilité tel qu'il est primitivement défini ? Effectivement, rien ne s'oppose à l'idée suivante : si

⁸ Sentence CCI n° 4532, 23 sept. 1982 (*Sté Isover-Saint-Gobain c/Sté Dow Chemical France et a.*), JDI 1983, p.899 ; *Rec. CCI*, vol. I, p. 465, *obs.* DERAÏNS ; *Rev. arb.*, 1984, p.137 et s.

⁹ CA Paris, 21 oct. 1983, (*Sté Isover-Saint-Gobain c/Sté Dow Chemical France et a.*), *Rev. arb.*, 1984, p. 98 et s., *note* CHAPELLE.

¹⁰ V. par exemple, Xiao-Ying LI, *La transmission et l'extension de la clause compromissoire dans l'arbitrage international*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Éric LOQUIN, Dijon, 1993, ; Mohamed-Cheikh KOUNTA, *L'accord compromissoire et les tiers : aspects contractuel et juridictionnel*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Jean-François OVERSTAKE, Bordeaux, 2001 ; Jalal EL AHDAB, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Yves GUYON, Paris I, 2003 ; Smahane AKHOUAD, *La notion de partie dans l'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Thomas CLAY, Versailles-St Quentin en Yvelines, 2012 ; Rabeb RAHMOUNI, *L'arbitrage international et les tiers*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Sylvain BOLLÉE et Lotfi CHEDLY, Paris I, 2015.

¹¹ V. par exemple, Yves DERAÏNS, Sylvie SCHAF, « *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés* », *R.D.A.I.*, 1985 ; Mathieu de BOISSÉSON, « *Effets d'une convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de sociétés* », *Bull. Joly*, 1990, n° 12, pp. 999-1013 ; Charles JARROSSON, « *Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés* », *Bull. ASA*, 1994 ; Jean François POUDRET, « *L'extension de la clause d'arbitrage : approches française et suisse* », *J.D.I.*, 1995 ; Alexis MOURRE, « *L'intervention des tiers à l'arbitrage* », *Gaz. Pal.*, 2001 ; Éric LOQUIN, « *Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises* », *Gaz. Pal.*, 2002 ; Dominique VIDAL, « *The Extension of Arbitration Agreements Within Groups of Companies : The Alter Ego Doctrine In Arbitral and Court decisions* », *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2005 ; Amissi MARINABONA, « *La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des groupements de sociétés* », *R.D.U.S.*, 2008, pp.543-573 ; Karina LOBAN, « *Extension of the arbitration agreement to the Third parties* », *CEU*, 2009 ; Andrea GIRADINA, « *L'intervention et l'attraction des tiers dans la procédure arbitrale* », in, *Liber amicorum Serge LAZAREFF*, Pedone, 2011, pp.293-314 ; Sylvain BOLLÉE, « *La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété* », *D.* 2007, p. 2077 ; Sylvain BOLLÉE, « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », *Rev. arb.*, 2015, n° 3.

¹² V. par exemple, Journée du Comité français de droit international privé, « *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés* », *RDIP*, 1986, pp. 105-131, consultable sur https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1986_num_6_1984_1472 ; journée du comité français de l'arbitrage, Paris 5 mai 1988, « *L'arbitrage et les tiers* », *Rev. arb.*, pp. 431-526 ; « *L'arbitrage et les tiers* », Actes du colloque du CEPANI, 28 nov. 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008.

¹³ V. par exemple les débats des différentes journées d'études citées ci-dessus.

l'opposabilité du droit commun signifie qu'un acte est apte à faire sentir ses effets à l'égard des tiers et que cette aptitude se traduit par la sanction de ces derniers lorsqu'ils portent atteinte au contrat, revient à s'interroger sur la similitude de ce processus avec celui engendré par la règle de l'attraction qui autorise la convention d'arbitrage à rayonner et à s'étendre à l'égard des tiers pour les attirer à la procédure arbitrale. Dit autrement, n'est-il pas pertinent d'attacher la règle de l'attraction à l'opposabilité en tant que fonction nouvelle afin que le spectre du principe puisse toucher tous les domaines du droit, notamment le droit procédural, et pour que l'on puisse parler enfin d'un principe « *d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage* » ?

6. Notre thèse s'efforcera d'expliquer le fondement et les mécanismes de cette attraction, mais surtout de l'inscrire comme fonction nouvelle de l'opposabilité au même titre que les fonctions dites traditionnelles, à savoir la fonction probatoire et la fonction de sanction. Loin d'ignorer les écueils qui guettent l'exercice, notre conviction forgée au fil de notre démonstration, est que l'attraction des tiers à l'arbitrage peut être une fonction à part entière du principe d'opposabilité. Il nous incombe de déterminer si cette fonction est susceptible d'être reconnue positivement dans l'ordonnement juridique. Dans cette perspective, il nous faut alors prouver l'existence d'un besoin de qualification incontournable. Une fois cette étape franchie, il est nécessaire encore de vérifier que le principe d'opposabilité s'articule correctement avec l'environnement de l'arbitrage, et surtout de démontrer que l'emploi de la terminologie « *opposabilité* » pour désigner l'effet « *multiplicateur* » de la convention d'arbitrage ne vient pas diluer les fonctions traditionnelles du principe d'opposabilité, mais au contraire qu'il contribue à enrichir le principe en y intégrant une nouvelle fonction qui sera propre au droit de l'arbitrage. Pour finir, tout essai théorique s'appuie nécessairement sur une démarche, laquelle dans notre sujet va influencer activement le processus d'intégration de la nouvelle fonction du principe de l'opposabilité en droit de l'arbitrage. Nous souhaitons montrer que la réception et la mise en œuvre de la nouvelle fonction de l'opposabilité commandent d'avoir comme point de départ l'étude du principe de l'opposabilité en droit commun afin d'établir les fondements du principe, les similitudes et les incompatibilités avec la règle de l'attraction. Nous tâcherons donc, dans le cadre de cette introduction, de préciser l'origine et la sémantique des termes de notre sujet (§1), puis de poser les principes directeurs qui vont guider notre travail de recherche (§2), avant de dresser les enjeux, le champ d'investigation et le plan de la thèse (§3).

§1 Définitions

7. Pour définir « *l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage* », il convient dans un premier temps d'aller à la conquête du principe en droit commun. Il s'agit plus précisément d'étudier ses origines, puis son évolution en droit français ; évolution qui a conduit à ce que le sens premier du principe soit intégré dans un mécanisme plus vaste. Ensuite, nous aurons à présenter l'instrument juridique qui permet cette opposabilité, c'est-à-dire la convention d'arbitrage, et l'institution qui l'organise. Enfin, il sera question de définir les sujets de l'opposabilité, à savoir les tiers.

I. *L'opposabilité...*

8. **Le sens premier du principe de l'opposabilité.** L'opposabilité, comme on l'a brièvement énoncée plus haut, se définit comme « *l'aptitude d'un droit, d'un acte (...), d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (...) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (...), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables, à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi en ouvre le droit* »¹⁴, ou encore comme « *la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par lequel il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* »¹⁵. La définition du Doyen Cornu est intéressante en ce qu'elle fait appel à deux particularités de l'opposabilité. D'abord, elle attache au principe des fonctions précises. Une fonction de sanction, conséquence du devoir de respect des obligations nées du contrat, et une fonction probatoire, conséquence de la reconnaissance de l'existence de l'acte comme fait social. Ensuite, la définition différencie le principe de l'opposabilité des autres effets principaux du contrat. L'opposabilité se distingue en effet de la force obligatoire, qui se dégage de l'article 1103 du Code civil disposant que : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* », et de l'effet relatif du nouvel article 1199 du Code civil, issu de la réforme de 2016, qui

¹⁴ Gérard CORNU, *op. cit.*, v. opposabilité.

¹⁵ José DUCLOS, *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, thèse de doctorat, droit, préf. Didier MARTIN, L.G.D.J, 1984, n° 12.2, p. 35.

énonce que : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV* ».

9. L'examen des sources met en évidence que le sens donné au principe de l'opposabilité est étroitement lié à celui de la relativité. Les deux notions partagent une histoire commune et semblent se définir l'une par rapport à l'autre. La conception actuelle de l'opposabilité est le fruit d'une longue et lente évolution du principe de la relativité. Une évolution qui s'est traduite techniquement par une analyse plus précise et rigoureuse de la portée de l'effet relatif du contrat et concernant, d'une part, les effets du contrat et, d'autre part, la distinction classique entre les parties et les tiers¹⁶. Issue de sa confrontation avec l'effet relatif, l'opposabilité ne peut, bien évidemment, être confondue avec celui-ci, car le principe de l'opposabilité s'est construit, dans un premier temps, sur les entorses portées à la règle de la relativité. En effet, l'effet relatif délimite le champ personnel et matériel du contrat aux seules parties. Il exprime une idée simple : lorsqu'un contrat est conclu, les obligations créées ne lient que ceux qui ont donné leur consentement. Par conséquent, il intervient, selon les auteurs de la doctrine, à un instant précis : celui de la formation du contrat¹⁷. Tandis que l'opposabilité, synonyme du rayonnement des effets du contrat à l'égard des tiers, résulte de l'existence même du contrat¹⁸, elle l'accompagne tout au long de sa vie. Elle apparaît, selon Olivier DESHAYES, comme « *seule maîtresse des effets des contrats* »¹⁹ rendant ainsi impossible tout risque de conflit entre les deux effets du contrat. C'est donc en précisant le sens de la relativité que le contenu de la notion d'opposabilité émerge au grand jour. Mais pour mieux comprendre l'émergence de l'opposabilité, il est important de remonter aux origines historiques de la relativité, car, les deux notions sont étroitement liées. Cette origine est pour certains auteurs, très ancienne, alors que pour d'autres elle est relativement récente.

10. L'origine historique de la relativité comme source de la distinction entre l'opposabilité et l'effet relatif du contrat. Il faut remarquer d'emblée que la conception classique des effets du contrat a une assise historique très forte. Il suffit

¹⁶ Cf. Jacques GHESTIN, « *Introduction* », in, *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge*, L.G.D.J, 1992, n° 5, p. 10.

¹⁷ Jean FLOUR, Jean-Louis AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil ; Les obligations t. 1 ; L'acte juridique*, éd. 16^{ème}, Sirey, 2014, n° 423. V. également Olivier DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, thèse de doctorat, droit, préf. Geneviève VINEY, L.G.D.J, 2004, n° 142, p. 131. Pour cet auteur, l'article 1165 est « *assigné à résidence dans l'espace réservé aux conditions de formation des contrats* ».

¹⁸ Cf. *Ibid.* n° 143, p. 131.

¹⁹ *Ibid.*

de remonter aux origines de la force obligatoire, *pacta sunt servanda*²⁰, et de l'effet relatif, *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*²¹, pour se rendre compte que ces principes sont très anciens. Si le principe de la force obligatoire est présenté comme l'application du dogme du respect de la parole donnée²², qui est une loi naturelle²³, et puisque la parole donnée ne peut engager que les personnes qui l'ont échangée, l'effet relatif est aussi ancien que le contrat. Selon un courant majoritaire, le principe de la relativité des conventions serait d'origine romaine²⁴. DOMAT et POTHIER s'y sont référés dans leurs travaux pour influencer PORTALIS, MALEVILLE, BIGOT DE PREAMENEU et TRONCHET pour conférer à cette notion une assise au Code civil. Du reste, la similitude de la maxime « *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest* » avec la lettre de l'ancien article 1165 du Code civil²⁵ — devenu 1199 avec la réforme de 2016 — est flagrante ; on pourrait même dire qu'elle en est la transposition.

11. Nonobstant qu'il soit établi un rapport entre le principe de la relativité, comme le prévoyait la codification de 1804, et les textes romains, et que la conception classique de l'effet relatif des conventions serait une traduction et une lecture laconique de l'adage *res inter alios acta*²⁶, l'existence d'un tel principe dans le droit romain est discutée. Un auteur en particulier, M. WINTGEN, pense qu'il n'existe en droit romain aucun principe de la relativité des conventions et aucune règle générale ne prévoit que les effets du contrat n'atteignent que les parties²⁷. Serions-nous alors devant une construction d'un principe qui n'aurait jamais existé à Rome ?

12. Dès l'abord, signalons que la position de M. WINTGEN est minoritaire et ce n'est pas la portée de l'adage qui est la cause de la discorde, mais bien son caractère temporel. Car, si certains auteurs attribuent l'œuvre à un jurisconsulte de l'ère

²⁰ « *Les conventions doivent être respectées* ».

²¹ « *La chose convenue entre les uns ne nuit ni ne profite aux autres* ».

²² George RIPERT, Jean BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, L.G.D.J, 1957, n° 450 ;

²³ Henri CAPITANT, « *Le régime de la violation des contrats* », 1933 DH, chron. p. 1.

²⁴ Alex WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse de doctorat, droit, préf. Marcel NAST, Dalloz, 1939, n° 18, citant Florentin DEBRAND, *Droit romain : Étude de la règle « res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest »* ; *Droit français : De la notion de tiers*, thèse de doctorat, droit, Dijon, 1890, n° 18, p. 22.

²⁵ L'ancien article 1165 du code civil stipulait que : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas (de stipulation pour autrui)* ».

²⁶ Alex WEILL, *op. cit.*, p.30.

²⁷ Robert WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, thèse de doctorat, droit, préf. Jacques GHESTIN, L.G.D.J, 2004, p.12, plus loin, n° 24, p. 22. L'auteur écrit que : « *Nous n'avons trouvé aucune trace de l'adage dans les ouvrages antérieurs au Code civil. La première apparition de l'adage que nous ayons pu identifier date de 1806 où il prend la forme de "Res inter alios acta cuiquam nec nocere nec prodesse potest". Ensuite, sous la plume de DEMOLOMBE, le "célèbre adage" (...) se transforme en "Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest" ce qui correspond à sa forme actuelle. Il est donc assez vraisemblable que ce n'est pas l'article 1165 qui traduit l'adage, mais l'adage qui traduit l'article. C'est à POTHIER que nous devons ce texte, pas à un adage qui semble être totalement inconnu dans l'ancien droit* ».

classique²⁸, d'autres estiment que ce sont les commentateurs du Code civil qui sont à l'origine de l'adage²⁹. Tandis que d'autres auteurs sont convaincus que même si la maxime n'existe pas en droit romain, l'idée est incontestablement romaine³⁰. Décidément, nul n'a de certitude sur son origine. Cependant, nous ne pouvons nous réclamer d'une tradition presque bimillénaire pour nous dispenser d'examiner la signification précise de la règle, disait le Doyen WEILL. En tout état de cause, si la maxime *res inter alios acta* se heurte à la problématique des sources, de nombreux passages du *corpus juris civilis* expriment la même finalité, celle du respect de la sphère juridique d'autrui³¹.

13. Si on avait l'opportunité de rencontrer les compilateurs du droit romain pour les interroger sur le contrat et ses effets à l'égard des tiers, on ne serait certainement pas étonné de leur réponse. L'éminent juriste d'entre eux aurait répondu : « *non deberet alii nocere, quod inter alios factum esset* »³², ou encore « *certissimum (enim) est, ex alterius contractu reminem obligari* »³³. Le droit romain ne reconnut au contrat qu'un seul effet, celui qui oblige les parties. Edmond CHAMPEAU écrivait : « *Quant à la théorie du contrat en faveur des tiers, on peut dire qu'à proprement parler, elle ne fut même pas ébauchée par les jurisconsultes romains* »³⁴. Pourtant, des entorses de taille à la règle *res inter alios acta* étaient admises en droit romain. À titre de dérogations, on note par exemple qu'en matière de responsabilité, les Romains sanctionnaient la violation par un tiers de l'obligation contractuelle par l'engagement de sa responsabilité aquilienne³⁵. Il était également d'usage, à l'instar de la subrogation moderne, qu'une personne tierce effectue un paiement au profit du

²⁸ Alex WEILL, *op. cit.*, n° 18.

²⁹ Robert WINTGEN, *op. cit.*, p. 22 et s.

³⁰ Simone CALASTRENG, *La relativité des conventions, étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse de doctorat, droit, Toulouse, Gaillac, 1939, p. 5 ; Alex WEILL, *op. cit.*, p. 30.

³¹ D'autres maximes allant dans le sens de la relativité des rapports juridiques : « *non deberet alii nocere, quod inter alios factum esset (ce qui a été fait entre les uns ne peut nuire aux autres)* » ; « *res inter alios iudicata aliis neque nocere neque prodesse potest (la chose jugée entre les uns ne nuit ni ne profite aux autres)* » ; « *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri (on ne doit souffrir aucun préjudice du fait d'autrui lorsqu'on n'y a point de part)* » ; V. Alex WEILL, *op. cit.*, p.5.

³² Dig. 12.2.10 : « *Ce qui a été fait entre les uns ne peut nuire aux autres* ».

³³ C. 4. 12.3 *Ne uxor pro marito* : « Il est tout à fait certain que les contrats n'obligent pas les tiers ».

³⁴ Edmond CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir de droits par autrui en droit romain*, Thèse de doctorat, droit, Paris, 1893, p.182. Cité par Alex WEILL, *op. cit.*, p.37.

³⁵ V. en ce sens : Salma ABID MNIF, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle comparaison des droits français et tunisien*, thèse de doctorat, droit, préf. Patrice JOURDAIN, Harmattan, 2014, p. 30 : « À Rome, l'action pénale et l'action civile étaient imbriquées, la responsabilité était plutôt unique et englobait aussi bien la responsabilité contractuelle que délictuelle (...) la responsabilité contractuelle était inconnue dans le droit romain et n'apparaît qu'à l'époque classique avec la distinction entre les contrats de strict et contrats de bonne foi ». V. Aussi, Geneviève VINEY, *Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité*, éd. 3^{ème}, L.G.D.J, 2008, n° 6 : « Les différents délits pour lesquels la loi ou le prêteur délivraient des actions à la victime consistaient tantôt dans la violation d'un contrat, tantôt dans la violation d'une règle extracontractuelle, mais cette circonstance n'exerçait par elle-même aucune influence sur le régime de la sanction » ; Jean Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, éd. 1^{ère}, PUF, coll. droit fondamental, 1992, n° 25.

créancier pour libérer le débiteur, et ce, même à son insu et malgré lui³⁶. On a retrouvé également d'autres hypothèses où il était admis qu'un *lieni iuris* contracte selon la volonté expresse de son maître, en tant que mandataire. Le maître, mandant, peut non seulement agir contre le co-contractant du mandataire, mais aussi subir l'action *quod iussu* donnée *in solidum* en raison de son *dominus*³⁷. On parle dans ce cas de la représentation prétorienne³⁸. Enfin, le droit romain classique permettait également la transmission du patrimoine aux ayants cause universels ou à titre particulier. Étant devenues transmissibles héréditairement, les dettes et les créances rendent l'ayant cause créancier ou débiteur, bien que ce dernier n'ait été ni partie ni représenté à l'acte du *de cuius*. En fin de compte, la règle *res inter alios acta* n'empêche pas qu'une convention puisse être invoquée par un tiers comme, à l'occasion, lui être opposable.

14. Ces dérogations étaient visibles ; trouvaient-elles un fondement ? En réalité, l'étude du droit romain démontre que le postulat selon lequel un acte serait apte à faire ressentir ses effets à l'égard de personnes qui ne l'ont pas consenti, n'existait pas en droit romain. On considérait, tout au plus, que ces exceptions existaient en fonction des nécessités du moment, car le juriste romain était dominé par l'esprit d'analyse et la stricte logique juridique³⁹. Il va sans dire que, lorsqu'une personne procède au paiement d'une dette, c'est pour rendre la condition d'un tiers meilleure⁴⁰. Aussi, on engage la responsabilité de celui qui a causé le dommage, car telle est la règle du *damnum injuria datum*. Et c'est encore vrai pour le *paterfamilias*, si ce dernier est responsable du lien contractuel établi par son *lieni iuris*, c'est en raison de la structure patriarcale de la famille romaine dans laquelle le *paterfamilias* était au centre commun où venaient absolument tous les droits⁴¹. Enfin, pour les héritiers, le droit romain classique assimilait les successeurs universels aux parties contractantes. En revanche, les ayants cause à titre particulier étaient, en principe, des tiers par rapport aux droits et aux obligations relatifs à la chose transmise. Ces droits leur étaient exceptionnellement transmis.

³⁶ Hugues DONEAU, *Œuvres complètes*, t.3, liv. 12, ch. 26, n° 7 et 8 ; Etienne BARTIN, *Étude sur la règle « res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest »*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1885, p. 65 et s. ; Edmond CHAMPEAU, *op. cit.*, p.147, in, Alex WEILL, *op. cit.*, p.55.

³⁷ Aimé MIGNOT, « La place de l'esclave dans le *ius obligationum* romain », in, *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 33/1, n° 1, 2007, pp. 96.

³⁸ *Id.*

³⁹ Alex WEILL, *op. cit.*, p. 564.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 57. L'auteur cite GAIUS : « (...) *Naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienant conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriores nos posse* — il est conforme à la raison naturelle et au droit civil que l'on peut améliorer la condition d'un autre, même à son insu ou contre son gré, mais qu'on ne peut la détériorer — ».

⁴¹ Edmond CHAMPEAU, *op. cit.*, p. 66.

15. Un critère cardinal s'ajoute à ces éléments : celui du formalisme. En fait, tout au long de l'époque romaine, les effets du contrat n'obligèrent que les personnes qui accomplirent les formalités exigées. Le formalisme et l'attachement excessif à la règle *res inter alios acta*, en dépit du nombre grandissant des entorses portées à cette règle, justifiaient par exemple l'interdiction de certains mécanismes, à l'instar de la stipulation pour autrui qui, bien qu'à travers elle le stipulant pouvait rendre meilleure la condition d'un tiers⁴², restait hors d'usage jusqu'à très tardivement. On pourrait également trouver dans la forme verbale du contrat la raison de l'attachement à la relativité. Dans ce type de contrat, c'est la prononciation de la *verba* qui crée l'obligation contractuelle. Le tiers, ne s'est pas exprimé oralement, ne peut bien entendu être concerné par les obligations qui en découlent.

16. Par ailleurs, si certains auteurs trouvaient dans la *verba* un motif qui interdisait tout rayonnement du lien contractuel des parties à l'égard des tiers, l'ancien droit exigea que la manifestation de volonté des parties soit accompagnée d'une autre forme extérieure qui la rend certaine et visible. Une parole, un écrit ou la remise d'une chose étaient donc les formes qui matérialisaient l'accord des parties. Ce formalisme ne fera que renforcer l'attachement à la règle *res inter alios acta* dans la mesure où les conventions qui ne sont pas accompagnées d'au moins une des trois formes matérialisant le consentement, celles-ci n'auront aucune chance d'accéder à la vie juridique. CHAMPEAU décrivait ce formalisme comme étant un « *retour en arrière de la part des glossateurs* »⁴³. Néanmoins, les canonistes vont apporter certaines atténuations à ce formalisme excessif. Sous l'influence du droit canonique, on ajouta un caractère religieux à la promesse grâce au serment promissoire. En effet, seul ce dernier suffit à garantir l'accomplissement d'un acte déterminé. La promesse contraignit ainsi le promettant à reconnaître une obligation morale envers les tiers, la reconnaissance de cette obligation morale constitua une étape importante et ouvra la voie à la reconnaissance d'un droit propre aux tiers. Mais cette brèche dans les règles organisant le formalisme n'aura guère de conséquences majeures sur la *res inter alios acta*, au contraire elle demeure « *un article de foi* », car « *l'homme s'oblige par la seule manifestation de sa volonté, mais nul au monde, hormis le législateur, n'a le droit de forcer l'assentiment d'autrui* »⁴⁴. Toutefois, deux étapes marqueront une brève rupture avec

⁴² Jean-Philippe MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, t.1, Paris, 1867, p.97. L'auteur écrit que « *Pourquoi ne peut-on stipuler pour autrui, tandis qu'on peut cependant rendre meilleure la condition d'un tiers ? On peut rendre meilleure la condition d'un tiers, on peut payer pour autrui, parce qu'en le faisant, on ne grève personne, tandis qu'en stipulant pour un tiers, non seulement, on voudrait lui créer un intérêt, mais on grèverait une autre personne* ».

⁴³ Edmond CHAMPEAU, *op. cit.*, p. 6

⁴⁴ Simone CALASTRENG, *op. cit.*, p.12

le droit romain, affaiblissant en conséquence le principe de la relativité des conventions. D'un côté, l'admission de la cession de créances entre vifs au XIII^e siècle ; de l'autre côté, la fin de la prohibition de la stipulation pour autrui au XVI^e siècle. Ces deux exceptions annonceront l'essor, même lointain, de la théorie de l'opposabilité, car c'est à travers les enseignements tirés de ces deux principes que d'autres exceptions trouveront place dans la codification de 1804.

17. De toute évidence, à l'examen des œuvres de Domat et de Pothier, on constate que le premier a repris la vieille maxime *res inter alios acta* tout en confirmant le critère volontariste comme fondement de l'effet relatif des conventions. Le second écrivait : « l'obligation, qui naît des conventions, et le droit qui en résulte, étant formés par le consentement et le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers ni donner de droits à un tiers dont la volonté n'a pas concouru à former la convention »⁴⁵. On se demande finalement si le principe de la relativité est resté immuable malgré l'évolution du droit, des pensées et de la société. En réalité, il n'y a aucune révolution majeure. La vieille idée selon laquelle l'effet du contrat doit être limité strictement à ceux qui l'ont voulu demeure inébranlable⁴⁶ et « continuera de briller d'un éclat sans mélange »⁴⁷. Bien que des auteurs comme PLANIOL, RIPERT et ESMEIN aient fait remarquer que le sens de l'article 1165 du Code civil devait être précisé⁴⁸ et qu'au lendemain de la rédaction du Code civil la question de la force probante d'un contrat à l'égard des tiers suscitait des débats, la conception individualiste du contrat, en dépit des attaques perpétrées, demeure. D'autant plus que les tribunaux avaient dans leurs annales, et ce, depuis le XVI^e siècle, un certain nombre de décisions témoignant de l'attachement à la règle de la relativité. DUPERIER⁴⁹ rapporte par exemple que le Parlement d'Aix⁵⁰ repoussa la demande d'un créancier contre les enfants qui avaient bénéficié des médicaments achetés par le père devenu insolvable. Quand bien ils auraient profité du contrat conclu par leur père sur le fondement de l'enrichissement

⁴⁵ Robert-Joseph POTHIER, *Traité des obligations*. Édition de 1821, préf. Jean-Louis HALPÉRIN, Dalloz, 2011, n° 87, p.26.

⁴⁶ Simone CALASTRENG, *op. cit.*, p.14

⁴⁷ Jean LIMPENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers : contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels », in, *Mél. en l'honneur de Paul ROUBIER*, vol. 2, Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, Dalloz et Sirey, 1961, p.91.

⁴⁸ Marcel PLANIOL, George RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t.6, L.G.D.J, 1930, p.449 : « (...) Nul ne peut, sans son consentement, devenir débiteur d'une obligation que la loi ne lui impose pas ; ni même se voir imposer la réception d'une valeur ou d'un service dont il ne veut pas. D'où l'inefficacité des promesses pour autrui et la nécessité de l'acceptation dans la stipulation pour autrui. Mais les contrats valent à l'égard de tous, qu'ils créent ou transmettent des droits réels ou des obligations, en ce sens que tous sont tenus d'en reconnaître les effets entre les parties et le cas échéant en souffrent de préjudice, à moins qu'ils n'aient un droit préférable, émanant du même auteur, d'une autre personne ou de la loi ». Cité par Simone CALASTRENG, *op. cit.*, p.23.

⁴⁹ Scipion DUPERIER, *Les œuvres*, livre IV, 1721.

⁵⁰ Décision du Parlement d'Aix le 27 février 1640, V. *Ibid.*, p. 415.

injustifié, les enfants, ainsi que leur mère, ne pouvaient être tenus pour responsables devant la créance du père. Ainsi, un principe persiste : sans consentement, pas de contrat et pas d'obligation sans contrat. Le tiers n'ayant consenti à aucun contrat, il ne se verra obligé par aucune obligation.

18. Il n'y a aucun doute de l'influence du droit romain sur DOMAT et POTHIER, qui ont inspiré les rédacteurs du Code civil. Toutefois, ces jurisconsultes étaient les auteurs de leur temps, ils appartenaient à une époque dominée par la doctrine individualiste qui place la liberté des individus au centre de ses enseignements. Une période charnière où l'on concrétisait les acquis de la révolution en garantissant aux individus une liberté totale de faire ce qu'ils veulent sans que cela n'atteigne l'ordre social, tout en protégeant la sphère juridique des tiers. Il faut malgré tout admettre que cet esprit rigoureux ne répondit pas aux besoins pratiques d'une société profondément transformée par la révolution industrielle. Une révolution qui semble avoir fait éclater le dogme de l'individualisme autour duquel s'organisait le contrat.

19. L'avènement de l'opposabilité. S'il est autorisé aujourd'hui d'affirmer avec force que, d'une part, nul ne verra sa situation juridique modifiée par le contrat excepté celle des personnes ayant contracté ledit contrat et que, d'autre part, à l'égard des tiers le contrat existe en tant que fait social dont la prise en compte et le respect sont obligatoires, c'est en raison de la distinction entre l'effet relatif et l'opposabilité, qui est le résultat de multiples tentatives d'interprétation de l'ancien article 1165 du Code civil. Ces tentatives n'étaient pas toujours concluantes, à en croire les propos de Jean-Louis GOUTAL qui disait que : « *Si l'interprétation du principe est devenue si complexe, c'est parce que les auteurs y ont mêlé, sans crier gare, les effets d'institutions différentes* »⁵¹. Cela dit, ces tentatives étaient nécessaires, car la rigidité de la conception classique de l'effet relatif, comme le prévoyait le Code civil de 1804, ne pouvait plus cohabiter avec les besoins d'une nouvelle économie, devenue plus moderne, où les relations entre les hommes se multiplient et s'enchevêtrent. Il a fallu donc s'essayer à une redéfinition du sens donné à la relativité et reprendre la rédaction lacunaire de l'article 1165, surtout que le spectre des exceptions grandissait et le domaine de la relativité se voyait peu à peu réduit.

20. Les premières brèches ont été ouvertes par la jurisprudence, qui déclara que l'article 1165 était inapplicable aux actes translatifs de propriété⁵². Puis, vint la

⁵¹ Jean-Louis GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, thèse de doctorat, droit, préf. Henri BATIFOL, L.G.D.J, 1981, n° 30, p. 31.

⁵² V. par exemple : Civ. 22 juin 1864, D. 1864, 1, 412 ; Req. 18 nov. 1868, D. 1869, 1, 128.

thèse de Mircea POPESCO⁵³ sur le sens grammatical de l'ancien article 1165. Ensuite apparut le fameux article de René SAVATIER intitulé « *le prétendu principe de l'effet relatif* » dans lequel il énuméra les cas pour lesquels l'article 1165 est inapplicable. SAVATIER dira que « *les seules conventions pour lesquelles l'article 1165 ait un sens, ce sont celles qui créent ou qui éteignent des obligations* »⁵⁴. Bien que les conclusions qu'il dresse aient été admises en droit positif, l'article marquera les esprits et incitera la doctrine à repenser l'institution de l'effet relatif qui apparaissait de plus en plus vieillissante et insatisfaisante. Mais pour ce faire, « *il fallait émanciper l'opposabilité pour tenter de réanimer l'article 1165* »⁵⁵. C'est la raison pour laquelle la distinction entre l'effet relatif et l'opposabilité est devenue inévitable.

21. Devenue inévitable, car c'est la méthode qui sera employée dans les thèses d'Alex WEILL et de Simone CALASTRENG, considérés à juste titre comme les théoriciens du principe d'opposabilité, cette méthode consiste à affirmer que l'opposabilité — le contrat existe aux yeux des tiers en tant que fait social et qu'il peut engendrer des répercussions indirectes sur les tiers — se distingue nettement de l'effet relatif — seules les parties sont obligées par le contrat —. En tenant un tel discours, ces deux auteurs marqueront ainsi un grand pas par rapport aux conceptions classiques. Si l'opposabilité s'est dégagée sur les fausses exceptions du principe de l'effet relatif, elle a pu se systématiser et se dresser comme une notion autonome dans les écrits de WEILL et de CALASTRENG. Pour ces deux auteurs, dont les œuvres seront traitées dans un titre dédié⁵⁶, l'opposabilité ne peut plus être appréhendée comme une exception à la règle de la relativité, mais bien comme une notion autonome qui se distingue clairement de l'effet relatif. Ce qui est novateur dans l'analyse de ces deux auteurs, notamment de WEILL, c'est le fait que ce dernier ne contestera pas la position du droit positif qui admet que l'effet relatif ne concerne que les contrats créateurs d'obligations, au contraire il tentera de l'expliquer. Pour cet auteur, l'opposabilité ne peut avoir et n'a jamais pour effet de produire des obligations à la charge ou au profit des tiers. Elle contraint simplement ces derniers à tenir compte et à respecter l'existence du contrat et des obligations qu'il fait naître. Opposer au tiers un contrat ne signifie pas créer chez lui une obligation qui modifierait sa situation juridique, car les effets directs de ce contrat se sont déjà produits entre les parties. Ainsi,

⁵³ Mircea POPESCO, *La règle res inter alios acta et ses limites en droit moderne*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, Domat-Montchrestien, 1934.

⁵⁴ René SAVATIER, « *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats* », *RTD civ.*, 1934, n° 4, p. 529.

⁵⁵ Olivier DESHAYES, *op. cit.*, n° 110, p. 104.

⁵⁶ V. *infra* n° 79 et s., spéc. n° 84 et s.

l'opposabilité ne doit pas entrer en compétition avec la relativité ou aller à son encontre, mais elle est son complément, et ce, pour une meilleure efficacité du contrat.

22. Nonobstant le succès rencontré par cette démonstration⁵⁷, la distinction entre l'effet relatif et l'opposabilité fut toutefois critiquée⁵⁸. Il faut reconnaître que la distinction a fait apparaître une insuffisance : seuls les contrats créateurs d'obligations sont concernés par la lettre de l'ancien article 1165. Les autres contrats, c'est-à-dire les contrats extinctifs, translatifs de droits ou créateurs d'une personne morale, ne rentreraient pas dans le domaine de l'article et, par conséquent, ne sont pas soumis à la distinction, alors que leur opposabilité est confirmée puisqu'ils sont des faits sociaux. De cette manière, la situation juridique que créent ces contrats sera opposable aux tiers sans que la règle de la relativité ait à s'appliquer. C'est donc sur la base de ces enseignements, *i.-e.*, l'affirmation de l'autonomie de l'opposabilité en tant que notion distincte de l'effet relatif, la relative règle de la relativité et le constat de l'insuffisance de la distinction entre l'effet relatif et l'opposabilité, que verront le jour d'autres études, notamment les thèses de Jean-Louis GOUTAL⁵⁹, de José DUCLOS⁶⁰, de Robert WINTGEN⁶¹ et de Frédéric DANOS⁶², qui vont contribuer à renouveler la distinction entre l'effet relatif et l'opposabilité, mais surtout à faire sortir peu à peu l'opposabilité de son statut de simple phénomène pour l'élever au rang de principe à part entière. Cette nouvelle stature se manifeste aujourd'hui dans les textes du Code civil, et ce, depuis la réforme du 10 février 2016. Le législateur a effectivement prévu deux articles distincts : l'un est relatif à la relativité — l'article 1199 du Code civil —, l'autre concerne l'opposabilité — l'article 1200 du même Code —.

23. **La consécration de l'opposabilité : l'article 1200 du Code civil issu de la réforme des obligations de 2016.** Depuis sa systématisation par la doctrine, il aura fallu attendre plus d'un demi-siècle avant que soit inscrite au Code civil la règle de l'opposabilité. Certes, le terme « opposabilité » n'y est pas cité nommément, mais le sens s'y trouve bel et bien. L'article 1200 du Code civil énonce que : « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait* ». Il est fait donc référence aux deux fonctions fondamentales de l'opposabilité, à savoir l'opposabilité sanction, qui est le corollaire

⁵⁷ Olivier DESHAYES, *op. cit.*, n° 116, p. 107.

⁵⁸ V. entre autres, Yves FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse de doctorat, droit, Paris II, 1977 ; Laurent AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse de doctorat, droit, préf. Philippe MALAURIE, Economica, 1981 ; Olivier DESHAYES, *op. cit.*, 119 et s., p. 109 et s.

⁵⁹ Jean-Louis GOUTAL, *thèse préc. citée*

⁶⁰ José DUCLOS, *thèse préc. citée*

⁶¹ Robert WINTGEN, *thèse préc. citée*

⁶² Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. Laurent AYNÈS, Economica, 2007.

de l'atteinte au devoir de respect, et l'opposabilité probatoire, qui est la conséquence directe de la première fonction. En effet, l'opposabilité sanction signifie que le devoir de respect dû par le tiers est tel qu'il engage sa responsabilité extracontractuelle lorsque, par sa faute, il contribue à l'inexécution du contrat⁶³. Le premier alinéa ne le précise pas, mais la solution est largement admise⁶⁴. Quant à l'opposabilité probatoire, le tiers, ne pouvant demander l'exécution du contrat — al. 2 de l'article 1199 du Code civil —, peut se prévaloir de la situation juridique créée par le contrat, notamment pour apporter la preuve d'un fait. La première situation désigne l'opposabilité par les parties aux tiers. La seconde désigne l'opposabilité par les tiers aux parties.

24. Ainsi présentée, cette nouvelle disposition ne consacre, en réalité, qu'une partie des fonctions qui pourraient être attribuées au principe de l'opposabilité. À vrai dire, ces fonctions sont considérées comme propres au droit commun. Or, le constat de l'émergence, depuis quelques années, en droit de l'arbitrage de la règle de l'attraction des tiers non-signataires aux effets de la convention d'arbitrage interroge sur la possibilité d'attacher à l'opposabilité une nouvelle fonction qui intégrerait la règle de l'attraction comme fonction nouvelle. C'est ce que nous nous attacherons à développer dans la présente thèse.

25. **La soumission de l'opposabilité à l'épreuve de l'arbitrage.** La présente étude se propose de soumettre le principe de l'opposabilité à l'épreuve du droit de l'arbitrage. Or, l'emprunt d'une telle démarche se confronte à des difficultés. De fait, l'opposabilité, comme elle a été présentée, a deux fonctions majeures. Soit elle intervient comme un moyen permettant la sanction d'un tiers complice de la violation par une partie de ses obligations contractuelles, conséquence donc du non-respect de l'obligation d'abstention de porter atteinte aux droits d'autrui. Soit elle donne le pouvoir à un tiers de se prévaloir du contrat pour apporter la preuve d'un fait. De l'avis de plusieurs auteurs de la doctrine, l'utilisation du terme « *opposabilité* » pour désigner l'attraction d'un tiers à l'instance arbitrale serait incompatible et vide de sens. Selon Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT : « *on parle souvent "d'opposabilité" ou "d'inopposabilité" de la convention d'arbitrage aux tiers. Cependant, la notion "d'opposabilité" revêt un sens particulier dans ce contexte, différent de celui qu'on lui attribue en droit commun des contrats. En matière de convention d'arbitrage, le plus souvent,*

⁶³ V. Olivier DESHAYES, Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 485.

⁶⁴ V. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 12 oct. 2004, n° 01-03.213.

doctrine et jurisprudence visent ainsi la possibilité pour la convention de déployer ses effets à l'égard d'un tiers qui ne l'a pas signée, mais qui pourrait néanmoins, soit l'invoquer, soit se la voir imposer. Il s'agit donc davantage d'un "effet obligatoire" que d'une "opposabilité", au sens traditionnel du terme, de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers»⁶⁵. Suivant l'opinion de Jean-Louis GOUTAL, l'application des solutions tirées de l'opposabilité du contrat serait « moins intéressante en matière d'arbitrage »⁶⁶, ou encore que la sanction de la connivence entre tiers et partie qui est l'une des applications les plus utiles de l'opposabilité « sera dépourvue d'intérêt en matière d'arbitrage »⁶⁷. Un autre auteur, parlant de l'opposabilité probatoire, disait qu'« on ne voit pas pourquoi un tiers utiliserait une convention d'arbitrage, à titre de preuve, et pour prouver quoi »⁶⁸. L'emploi du terme « opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage » ne doit être réservé qu'au cas où celle-ci est invoquée comme moyen de défense devant le juge judiciaire, pour faire échec à sa compétence⁶⁹. Pourtant, les exemples où l'emploi de cette terminologie pour caractériser l'extension des effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers sont nombreux⁷⁰.

⁶⁵ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, éd. 2^{ème}, L.G.D.J, 2019, sous note n° 675, p. 702.

⁶⁶ Jean-Louis GOUTAL, « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats », *op. cit.*, p. 451.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 57, p. 75.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ En ce qui concerne l'utilisation par la doctrine de la terminologie opposabilité pour désigner l'attraction des tiers : v. par exemple : Philippe DÉLEBECQUE, *La transmission de la clause compromissoire*, *op. cit.*, p. 19 : « (...) le sous acquéreur ou le maître de l'ouvrage doit respecter toutes les clauses (...) contenues dans le contrat initial (...) et devrait également conduire à ce que soient opposables à ce sous-acquéreur ou à ce maître de l'ouvrage les clauses compromissoires ». Le même auteur utilise le terme opposabilité pour les clauses attributives de compétences, in, *L'opposabilité des clauses attributives de compétence au destinataire*, RDC 2003, note Cass. com., 4 mars 2003, pourvoi n° E 01-01.043 ; Daniel COHEN, Obs. CA Paris, 11 mars 1993, *Rev. arb.*, 1993, p. 735 : « Au regard du droit français, l'absorption d'une société par une autre entraîne la transmission contractuelle de la clause compromissoire stipulée par la société absorbée de sorte que cette clause est opposable à la société absorbante ». V. également, Bertrand MOREAU, « Arbitrage commercial », D. 1996, n° 129 : « La clause compromissoire est, comme toute convention, inopposables aux tiers qui y sont étrangers » ; Xavier DELPECH, « Rayonnement d'une clause compromissoire et d'une clause attributive de juridiction dans le contexte d'une chaîne de contrats translatifs de propriété », note s. Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, n° 09.12.442, D. 2010, l'auteur utilise la terminologie opposabilité en disant que : « (...) mais les juges du fond français ont estimé cette clause "non opposable à l'assureur subrogé dans les droits du sous-acquéreur", au prétexte que les règles communautaires de compétence spéciale en matière contractuelle ne s'appliquaient pas aux litiges opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant qui n'était pas le vendeur, de tels litiges se rattachant à la matière délictuelle ou quasi-délictuelle » ; Thierry TOMASI, obs. s. Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, n° J 13-17402, CAPJI, 2015 n°, l'auteur affirme que : « Le principe est donc désormais acquis : l'opposabilité de la clause compromissoire au sous-acquéreur est fondée sur sa transmission au titre d'un mécanisme du droit interne des obligations, qui veut que cette clause soit transmise comme accessoire au second degré, à savoir un accessoire de l'action, elle-même transmise comme accessoire de la chose vendue ». Quant à la jurisprudence, v. par exemple : V. à titre d'exemple, CA Paris, ch. 7^{ème} sect. A, 16 mai 1984, *Rev. arb.*, 1985, p. 457 : « Doit être infirmé le jugement qui a été déclaré opposable à l'assureur subrogé la clause compromissoire » ; Cass. com., 29 nov. 1994, n° 92-14920, (*Navire Stolt Osprey*) : « Pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un contrat doit avoir été portée à sa connaissance et acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise » ; CA Paris, ch. 1^{ère} sect. D, 22 mars 1995, (*SMABTP et autre c. Société Stanior et autres*), *Rev. arb.*, 1997, p. 550 : « La clause compromissoire est donc opposable à la société autrichienne » ; Cass. soc., 16 fév. 1999, *Bull. civ. V*, n° 78 ; Rapport de la Cour de cassation 1999, p. 328 ; D. 1999, IR p. 74 : « La clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail » ; Même terminologie a été utilisée par l'arrêt de la Cour de Cass. com., 8 oct. 2003, n° 01-16028, (*Navire M/V Jelhum*), *Bull. civ. IV*, n° 154 ; *Rev. arb.*, 2004, p. 355, note CACHARD ; Dans une décision rendue, par la Cour d'arbitrage de la CCI en 1998, affaire n° 8910 CCI 1989, il est clairement stipulé que : « Bien que la convention tripartite entre la demanderesse et les deux premières défenderesses ne se réfère pas spécifiquement à la

26. On pourrait éventuellement soutenir que les deux fonctions traditionnelles sont de moindre intérêt pour expliquer la règle de l'attraction, mais elles peuvent parfaitement trouver application en droit de l'arbitrage⁷¹. Toutefois, l'opposabilité, on le verra, ne peut être réduite à des tâches précises, elle est un principe « *multifonctions* ». Elle peut parfaitement intégrer d'autres fonctions, notamment la fonction d'attraction des tiers à l'instance arbitrale, qui aurait une mission spécifique lorsque le principe est appelé à s'appliquer en matière processuelle. Il ne s'agit pas, contrairement à ce que défendent certains auteurs de la doctrine⁷², de *lier* les tiers par l'effet obligatoire de la clause compromissoire, car cela signifierait que les tiers quittent leur qualité pour endosser celle de partie. Or, ce n'est pas réellement ce qui se produit. Il est bien question d'une opposabilité, sauf que celle-ci se traduit par une attraction, au même titre que le devoir de respect qui se traduit, lorsqu'il est lésé, par une sanction, ou à l'instar de la reconnaissance de l'existence de l'acte en tant que fait social lequel peut servir de preuve. L'opposabilité telle que nous la concevons en matière d'arbitrage sera donc synonyme de la règle d'attraction. Cette position sera défendue avec conviction tout au long de la présente thèse.

27. Tout bien considéré, il est important, après avoir avancé qu'il est possible de voir le principe de l'opposabilité s'appliquer en matière d'arbitrage en y intégrant une nouvelle fonction, de sonder la convention d'arbitrage et les sujets qui sont susceptibles de subir ses effets.

II. ... de la convention d'arbitrage

28. **L'arbitrage : une institution très ancienne.** Avant de définir l'*instrument* par lequel l'arbitrage se réalise, à savoir la convention d'arbitrage, il est d'abord important d'aller à la quête de l'*institution* qui en est le cadre. Il existe de nombreuses définitions doctrinales et jurisprudentielles de l'arbitrage. Toutes ces définitions s'accordent sur un point : l'arbitrage est « *une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus,*

clause compromissoire insérée dans le contrat de distribution exclusive (...), le tribunal arbitral considère qu'elle est opposable à la deuxième codéfenderesse et ce, par le fait qu'il existe, (...) ».

⁷¹ V. *infra* n° 461 et s.

⁷² V. par exemple : Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 58, p. 75 et s.

pour la circonstance, de la mission de les juger »⁷³. Pour Charles JARROSSON : « L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »⁷⁴. Ce n'est pas par pure coïncidence que l'arbitrage est élevé au rang d'« institution », car celui-ci a une histoire très ancienne. L'institution est, comme dit Pierre LALIVE, « vieille comme le monde »⁷⁵. Tellement ancienne que ses origines demeurent aujourd'hui inconnues⁷⁶. Certains auteurs la font remonter aux premières civilisations. On en trouve trace, selon Édouard CUQ, chez les Babyloniens, les Assyriens et les Hittites⁷⁷. Chez les Athéniens, un grand nombre d'actions privées était au préalable porté devant les arbitres « διαιτητές » publics qui avaient la charge de concilier les plaideurs et rendre des sentences. Une sentence était définitive à partir du moment où les parties l'acceptent, dans le cas contraire elles faisaient appel à un tribunal⁷⁸. Chez les Romains, le terme latin « arbiter », désignant celui qui juge, est la racine du terme actuel d'« arbitre »⁷⁹. En Arabie préislamique, où l'État n'existait pas, le « Hakam : الحكم » était la seule voie de recours permise pour la solution des conflits⁸⁰. En France, le mot « arbitre » ne fera son apparition qu'à partir 1213⁸¹, alors que l'arbitrage ne deviendra un mode habituel de résolution de conflits qu'à l'époque des premiers contrats d'assurance maritime⁸². C'est d'ailleurs l'ordonnance de la marine de 1681 qui érigea l'arbitrage en mode naturel de règlement des litiges en matière maritime. On note également, touchant l'ancien droit, que l'Édit de Fontainebleau de 1560 sous François II, confirmé par l'ordonnance de Moulins sous Charles IX en 1566, avait institué déjà l'arbitrage forcé dans certaines matières⁸³.

29. Deux périodes majeures de l'évolution de l'arbitrage en France peuvent être distinguées : une période antérieure à 1673, où les compromis d'arbitrage étaient rédigés sous forme d'actes notariés et le recours à l'arbitre était souvent une décision

⁷³ Jean ROBERT, Bernard MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, éd. 6^{ème}, Dalloz, 1993, n° 1.

⁷⁴ Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, préf. Bruno OPPETIT, L.G.D.J, 1987, p. 372.

⁷⁵ Pierre LALIVE, « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *RCADI*, 1967, I, p. 569 ; V. dans le même sens : Thomas CLAY, *L'arbitre*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Philippe FOUCHARD, Dalloz, 2001, p. 2 et s.

⁷⁶ V. Louis FAVIER, *De la clause compromissoire*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1910, p.48.

⁷⁷ V. Édouard CUQ, « Études sur le Droit babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites », in, *Journal des savants*, 1932, pp. 122-128.

⁷⁸ V. Louis GRENET, « L'institution des arbitres publics à Athènes », in, *Revue des Études grecques*, t. 52, fasc. 246-247, 1939, p. 389.

⁷⁹ Charles JARROSSON, *op. cit.*, n° 7.

⁸⁰ Émile TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Recueil Sirey, Paris 1938, t.1, p. 61. Cité par : Ahmed SERGHINI, « La fonction du Hakam arabe préislamique : survivance et résurgence », *Revue académique des lettres et des sciences humaines*, Université de Mostaganem, Algérie, n° 19, 2019.

⁸¹ Dictionnaire le Petit Robert, v. arbitre.

⁸² René RODIÈRE, Jean CALAIS-AULOY, *Droit maritime : assurances et ventes maritimes*, Dalloz, 1983, n° 1997 : « Historiquement, les contrats d'assurance maritime furent les premiers à comporter une pareille clause ».

⁸³ « Tous les différends entre marchands pour fait de marchandise doivent être vidés sommairement par trois personnes au plus accordées entre eux, dont ils seront contraints de s'accorder par les juges des lieux ».

contraignante imposée par les circonstances et la nature du litige. L'arbitrage était aussi décidé par la justice étatique. L'autre période concerne l'avènement de l'ordonnance du commerce de 1673 dans laquelle l'arbitrage prend une part importante, car cinq articles furent consacrés à l'arbitrage et aux sentences arbitrales⁸⁴. Cette ordonnance, dite de « Colbert », imposa l'arbitrage comme une nouvelle alternative aux juridictions consulaires. Un siècle plus tard, à l'époque révolutionnaire, les jacobins considérèrent l'arbitrage comme « *le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyens* »⁸⁵. Bien que l'arbitrage ait été considéré comme une justice en marge des pouvoirs constitués, et ce, en réaction aux abus de certaines justices royales, cette période a vu une floraison de dispositions légales favorables à l'arbitrage le rendant obligatoire dans plusieurs matières⁸⁶.

30. Mais le véritable tournant est le début du XXe siècle. L'essor de la machine, de la révolution industrielle et l'accélération des échanges commerciaux internationaux ont conduit le droit français à s'adapter pour répondre aux défis du nouveau siècle. C'est avec le protocole de Genève de 1923 qu'on reconnaîtra pour la première fois la validité de la clause compromissoire. Une reconnaissance qui va jouer le rôle d'accélérateur des réformes relatives à l'arbitrage et va aboutir à la réforme du 31 décembre 1925 qui marqua le rétablissement de la clause compromissoire en matière commerciale. Pour autant, l'évolution n'a pas été linéaire. Le traitement désormais favorable à la clause compromissoire par les tribunaux français et l'adhésion à la convention de New York en 1958, n'ont pas empêché le législateur de promulguer, par un amendement anodin, la loi du 5 juillet 1972 qui introduit à l'article 2061 du Code civil la solution de l'arrêt Prunier : « *La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi* ».

31. Il faudra attendre quelques décennies pour que l'étreinte autour de la clause compromissoire soit relâchée et pour qu'elle connaisse un nouvel essor avec

⁸⁴ « Art. 9. Toute société contiendra la clause de ses soumettre aux arbitres pour les contestations qui surviendront entre les associés ; et encore que la clause fût omise, un des associés en pourra nommer, ce que les autres seront tenus de faire ; sinon en sera nommé par le Juge pour ceux qui en feront refus. Art. 10. Voulons qu'en cas de décès ou de longue absence d'un des arbitres, les associés en nomment d'autres ; sinon il sera pourvu par le juge pour les refusants. Art. 11. En cas que les arbitres soient partagés en opinion, ils pourront convenir de sur-arbitre sans le consentement des parties ; et s'ils n'en conviennent, il sera nommé par le Juge. Art. 12. Les arbitres pourront juger sur les pièces et mémoires qui leur seront remis, sans aucune formalité de justice, nonobstant l'absence de quelqu'une des parties. Art. 13. Les sentences arbitrales entre associés pour leur négoce, marchandises ou banque seront homologuées par la juridiction consulaire, s'il y en a ; sinon es sièges ordinaires de nos Juges ou de ceux des seigneurs ». Dispositions de l'ordonnance de commerce de 1673, tit. V, des sociétés ».

⁸⁵ Titre premier de la Loi révolutionnaire des 16 et 24 août 1790, V. Jean HILAIRE, « L'arbitrage dans la période moderne, XVI – XVIIIe siècles », *Rev. arb.*, 2000, p. 196.

⁸⁶ Cette période verra la multiplication des cas obligatoires d'arbitrage aussi bien dans les domaines à caractère matrimonial comme en matière de divorce, de filiation naturelle... etc. Que dans les rapports patrimoniaux : les donations, les successions et les partages de biens commerciaux.

la loi du 15 mai 2001 qui fut, selon certains auteurs, un accident de l'histoire⁸⁷. À examiner les vacillements législatifs et jurisprudentiels relatifs à l'arbitrage au cours des deux derniers siècles, on s'aperçoit que sa validité et son efficacité sont excessivement contemporaines pour être fermement assises et affirmées. D'ailleurs, nul n'avait prévu qu'après dix ans le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, entré en vigueur le 1er mai 2011, sera l'une des évolutions ayant le plus participé au renouvellement du régime de l'arbitrage interne et international. Plus récemment encore, la loi du 18 novembre 2016 venant « *moderniser la justice du XXI^e siècle* » a opéré quelques modifications, notamment sur l'article 2061 du Code civil.

32. Deux remarques peuvent être tirées de cet aperçu historique qui mériterait à lui seul un ouvrage entier. La première concerne l'institution et son évolution. En effet, bien qu'elle eût été mouvementée, l'évolution de l'arbitrage a permis à cette institution de s'affirmer progressivement comme la modalité de résolution des différends la plus privilégiée des professionnels du commerce, surtout en matière internationale. La seconde est en lien avec les critères de l'arbitrage qui ont connu de multiples réformes. Nous entendons par critères de l'arbitrage tous les aspects qui permettent de déboucher à la qualification d'arbitrage, c'est-à-dire l'existence d'un litige, en particulier un litige à caractère commercial ; la nature juridictionnelle de l'arbitrage ; le pouvoir de juridictio de l'arbitre, car il est doté de *l'imperium mixtum* ; l'autorité de la chose jugée qui caractérise les sentences arbitrales... etc. De par ses critères, l'arbitrage devient ainsi unique et se distingue des autres modalités alternatives de résolution des litiges, même si ces dernières présentent quelques traits communs avec l'arbitrage, à l'instar de la médiation ou de la conciliation.

33. Par ailleurs, l'arbitrage est souvent découpé, divisé par de grandes lignes de partage qui tendent aujourd'hui à s'effacer. Du fait que l'arbitrage épouse

⁸⁷ Charles JARROSSON suggéra de limiter les effets prohibitifs de l'art. 2061 du Code civil aux seules relations entre profanes et professionnels, in, « *La clause compromissoire* », *Rev. arb.*, 1992, p. 259. Cité par Mohamed Cheikh KOUNTA, *op. cit.*, p. 10.

plusieurs formes. Il peut être institutionnel ou ad hoc⁸⁸, interne ou international⁸⁹, public ou privé⁹⁰, civil ou commercial⁹¹, contractuel ou juridictionnel⁹², volontaire ou forcé⁹³. Partant, quelle que soit sa forme, il est indispensable que les parties l'aient choisi en concluant l'une des conventions concourant à sa réalisation, à savoir la clause d'arbitrage ou le compromis.

34. La convention d'arbitrage : « pierre angulaire »⁹⁴ de l'arbitrage. La convention d'arbitrage « est une convention de procédure qui produit une restriction du droit d'action »⁹⁵. Elle est une modalité conventionnelle du droit d'action⁹⁶. Sa nature contractuelle soumet sa validité et son efficacité au régime général des contrats et son objet processuel la soumet à des règles spécifiques. L'alinéa premier de l'article 1442 du CPC énonce que : « la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis ». La clause compromissoire ou la clause d'arbitrage est la stipulation par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les contestations qui pourraient naître relativement à ce contrat⁹⁷. Autrement dit, une promesse de passer un compromis en prévision de procès

⁸⁸ L'arbitrage institutionnel est celui qui est administré par un centre ou une institution d'arbitrage. L'institution est désignée par le CPC comme « celui qui est chargé d'organiser l'arbitrage ». Chaque pays possède ses propres centres d'arbitrage, mais les plus réputés au niveau international sont la CCI — Chambre de Commerce international, l'ASA — Association Suisse de l'Arbitrage —, le CIRDI — Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements —, la AAA — l'Association Américaine d'Arbitrage — et la LCIA — London Court of international Arbitration —. Ces institutions ne rendent pas de sentences, puisque c'est la mission du tribunal arbitral qui se constitue en son sein. Elles viennent simplement en aide et au soutien dans la conduite de la procédure arbitrale⁸⁸. En contrepartie, les litigants versent une contribution pour couvrir les frais de fonctionnement de ces centres. Quant à l'arbitrage ad hoc, celui-ci n'est organisé par aucune institution. Il dépend de la seule volonté des parties et se développe sans aucune structure préexistante et n'implique que les parties et les arbitres qui, dès lors, bénéficient de la plus grande liberté dans l'organisation de l'arbitrage. V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 20, p. 31 ; Jean-Baptiste RACINE, *Droit de l'arbitrage*, coll. Thémis, PUF, 2016, n° 33, p. 29.

⁸⁹ Le droit français a choisi un régime dualiste. Le CPC prévoit pour chaque sphère un régime particulier. Les règles applicables à l'arbitrage interne sont en partie différentes de celles appliquées en matière internationale. Le droit interne de l'arbitrage est connu pour être une matière bien plus rigide et moins libérale que l'arbitrage international. La distinction entre ces deux sphères se fait selon le critère de l'internationalité posé par l'article 1504 du CPC, à savoir la commercialité.

⁹⁰ Deux domaines différents. L'arbitrage privé s'intéresse à la résolution des conflits qui touchent les professionnels. Tandis que l'arbitrage public se préoccupe de résoudre les litiges qui opposent les sociétés privées aux sociétés publiques ou les conflits qui opposent les États.

⁹¹ C'est le critère de la commercialité de l'arbitrage qui différencie les deux formes. On parle souvent d'arbitrage commercial interne ou international plutôt que de l'arbitrage interne ou international pour le différencier le contrat commercial de celui qui ne l'est pas.

⁹² Selon M. Loquin : « L'arbitrage non juridictionnel est celui dans lequel les parties déclarent, pour apaiser leur litige, accepter par avance l'avis d'un tiers qui les liera. La solution émise par le tiers est alors contractualisée par l'accord anticipé des parties (...) l'institution est par exemple connue du droit italien sous le terme d'*arbitrato irrituale*, en droit hollandais sous le vocable de *bindend advies*. Le droit français ne connaît pas cette distinction [arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel] et intègre dans l'arbitrage juridictionnel toute procédure par laquelle les parties ont confié à un tiers le soin de régler un litige. », in, Éric LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, éd. Joly, Lextenso, 2015, n° 4, p. 3.

⁹³ Le caractère volontaire de l'arbitrage est l'essence de l'institution. L'« arbitrage forcé », qui est un mécanisme juridictionnel préétabli et imposé aux parties par la loi pour les litiges en vue desquels il a été institué, n'est pas de l'arbitrage. Il est plutôt une juridiction d'exception empruntant une partie de son régime à celui de l'arbitrage. V. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 10, p. 20.

⁹⁴ Éric LOQUIN, *op. cit.*, n° 9, p. 10.

⁹⁵ *Ibid.*, n° 113, p. 117.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Art. 1442 du CPC.

futurs⁹⁸. Tandis que le compromis est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes en litige, déjà né, décident d'en confier le règlement à un ou plusieurs arbitres⁹⁹.

35. On a toujours distingué entre le compromis d'arbitrage et la clause compromissoire ; non seulement en raison de la différence temporelle qui sépare la date de leur conclusion, mais aussi parce que les deux instruments affichent des qualifications différentes. Alors qu'elle a été toujours qualifiée de contrat innommé, la clause d'arbitrage se distingue du compromis qui est un contrat nommé soumis au régime général des contrats¹⁰⁰. Le compromis est un contrat autonome, alors que la clause compromissoire est une clause, un accessoire, transmissible avec le contrat principal. Elle ne devient autonome qu'à la disparition de celui-ci. Aussi, la clause d'arbitrage est à l'intersection entre le contrat et le procès. En d'autres termes, la clause compromissoire est à la recherche d'un juste milieu entre, d'une part, le contractuel, le prévisionnel et le préventif et, d'autre part, le juridictionnel, le contentieux et la sanction. Elle constitue le lieu de rencontre du contractuel et du contentieux, tandis que le compromis a déjà un pied dans le domaine du contentieux. C'est d'ailleurs dans ce sens que la comparaison entre les deux conventions devient intéressante du point de vue des tiers. En effet, le compromis est très rarement confronté aux questions d'extension et de transmission — mécanismes de l'opposabilité en matière d'arbitrage —. La raison en est simple : la conclusion du compromis intervient dans une phase où toutes les parties impliquées au litige sont connues et qu'une transmission de celui-ci est totalement exclue ; ce qui laisse vraisemblablement très peu de place à l'intrusion des tiers dans le champ du compromis. Alors que la clause d'arbitrage est insérée dans un *instrumentum* qui ne lui est pas propre, elle ne représente qu'une simple disposition « dormante » faisant partie du contrat, recelant une potentialité et n'aura d'effet qu'à la naissance du litige. Cette même clause peut donc concerner des personnes qui n'en ont pas été à la base des signataires et rayonner en dehors du cercle qui lui a été tracé, et ce, parce que le contrat évolue, change de main et s'expose à l'intervention des tiers. En outre, l'ambivalence qu'engendre la clause compromissoire entre son caractère contractuel et sa dimension juridictionnelle permet de jongler sur les notions de « *partie au contrat* » et de « *partie au litige* ». Effectivement, d'un côté, le caractère contractuel

⁹⁸ Ibrahim FADLALLAH, Dominique HASCHER, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, 2019, n° 4, p. 5.

⁹⁹ Art. 1447 du CPC.

¹⁰⁰ V. en ce sens : Ibrahim FADLALLAH, Dominique HASCHER, *op. cit.*, n° 3 et s., p. 5.

renvoie à un cantonnement de l'effet obligatoire aux seules parties ayant contracté. De l'autre, la fonction contentieuse de la clause invite à englober en son sein ceux qui seraient tiers au contrat, mais des parties au litige. De là, on serait disposé à revisiter la clause compromissoire sous son angle procédural et à la rapprocher des clauses attributives de juridiction.

36. Cependant, en prévoyant le terme générique de « *convention d'arbitrage* » pour désigner les deux accords, le législateur a permis de dépasser la dualité qui existait entre les deux conventions et a rendu la distinction entre les deux conventions dépourvues d'intérêt pour une grande partie de la doctrine. Cela se confirme davantage aujourd'hui avec le développement de la clause d'arbitrage. Celle-ci a su faire de l'ombre au compromis qui, jadis, était le moyen le plus utilisé pour résoudre les conflits devant l'arbitre. Sur ce point en particulier, le travail empirique qui a été réalisé par Herman VERBIST et Johan ERAUW sur l'arbitrage et le monde des affaires montre que la majorité des praticiens indique conclure rarement un compromis et 20 % ne l'ont jamais conclu¹⁰¹. Les deux auteurs expliquent combien il était difficile et même improbable pour deux contractants, déjà en litige de s'entendre à nouveau sur les conditions et les modalités leur permettant de résoudre les différends qui les opposent.

37. C'est pourquoi nous considérons que l'étude de l'opposabilité en droit de l'arbitrage serait mieux appréhendée en focalisant l'analyse sur la clause d'arbitrage, et ce, pour une simple raison : même si elles ont le même objectif, les deux conventions sont très éloignées, elles n'ont pas le même esprit et ne dégagent pas les mêmes problématiques. L'institution de la clause compromissoire a beaucoup plus de chance de rayonner, en raison de son intégration au contrat, alors que le compromis reste statique dans sa vie juridique. Si le contrat est transmis, la clause le suit automatiquement et s'il est atteint par un tiers, la clause le serait de même. Nous ne disons pas que le compromis n'est pas apte à faire sentir ses effets à l'égard des tiers, tant s'en faut, mais nous disons que la clause d'arbitrage est de plus en plus encline à être au contact des tiers, d'autant plus que le contrat connaît aujourd'hui un décroisement croissant de ses frontières traditionnelles. Imbrication et complexification contractuelles, circulation des biens, des contrats et des contractants, ou encore rapprochement et unité de personnes physiques ou morales, sont autant de facteurs qui pourraient expliquer un tel contact. Les personnes à

¹⁰¹ Herman VERBIST, Johan ERAUW, « *Enquête concernant l'arbitrage et le monde des affaires* », *Rev. arb.*, 1980, p. 692.

l'égard de qui la clause est en mesure de rayonner ne sont pas signataires de la clause d'arbitrage, mais elles se retrouveront, à un stade de la vie de la clause, concernées par les effets de cette clause d'arbitrage. Elles seront donc attirées à la procédure d'arbitrage. C'est ce que nous verrons avec la notion de tiers qui est à l'accoutumée associée au principe de l'opposabilité¹⁰².

III. ... aux tiers.

38. La notion de « tiers ». En un sens général et vague, le tiers est « toute personne étrangère à une situation »¹⁰³. En matière contractuelle, la notion de tiers se définit par opposition à celle de partie¹⁰⁴. Le tiers est toute personne « n'ayant été ni partie ni représentée à un contrat ; qui n'est pas touchée par son effet obligatoire et qui peut tout au plus se le voir opposer »¹⁰⁵. Le tiers est donc toute personne externe à la tangente du cercle dessiné par les acteurs directs d'une convention et ayant une qualité relative et circonstancielle¹⁰⁶. Une personne *externe*, car le tiers n'a pas contracté ou été signataire d'un contrat, ni en personne ni par l'intermédiaire d'un représentant. Ayant une qualité *relative*, car la qualité de tiers est « affaire de gradation »¹⁰⁷. Plus on s'éloigne du cercle contractuel, plus le critère d'extranéité s'accroît. L'inverse est tout aussi vrai, plus on se rapproche du foyer contractuel, plus le tiers a de grandes chances d'être touché par le rayonnement du contrat. Enfin, la qualité du tiers est *circonstancielle*, car elle est évolutive, changeante et dépend des circonstances dans lesquelles se trouvent le contrat, les parties et les tiers. En effet, la qualité du tiers, comme celle des parties, n'est pas figée. Elle peut évoluer vers celle de partie et vice versa. Ces précisions nous amènent donc à nous interroger sur les différentes catégories de tiers et les tiers qui seront retenus comme « *sujets* »¹⁰⁸ de l'opposabilité.

39. Les catégories du tiers. On dit souvent qu'il y a des vrais et des faux tiers, des tiers qui sont plus au moins tiers et des tiers qui ne le sont plus. Pour démêler le vrai du faux, il faut ventiler les tiers selon leur distance par rapport au contrat, ou selon leur intéressement à celui-ci, en mettant d'un côté de la balance les tiers

¹⁰² V. José DUCLOS, *op. cit.*, n° 1, p. 21.

¹⁰³ Gérard CORNU, *op. cit.*, v. *tiers*.

¹⁰⁴ V. *infra* n° 186 et s.

¹⁰⁵ Gérard CORNU, *op. cit.*, v. *tiers*.

¹⁰⁶ V. en ce sens : José DUCLOS, *op. cit.*, n° 3, p. 25.

¹⁰⁷ Jean-Louis GOUTAL, *op. cit.*, n° 10, p. 23.

¹⁰⁸ Terme utilisé très fréquemment par José DUCLOS, *op. cit.*

intéressés par le contrat, ou les tiers proches du foyer contractuel, et de l'autre côté les tiers désintéressés du contrat, ou les plus éloignés de son foyer.

40. Dans la catégorie des tiers désintéressés du contrat se trouve le « *penitus extranei* », ou le tiers absolu. Ce dernier n'a aucun lien avec les parties contractantes, il est totalement étranger au contrat.

41. Dans la catégorie des tiers intéressés se trouvent deux sous-catégories de tiers : les tiers intéressés en raison de l'objet du contrat et les tiers intéressés en raison du lien avec la personne contractante. Dans la première, il est courant de rencontrer les tiers créanciers chirographaires, les tiers ayants cause à titre particulier et les tiers associés à l'exécution du contrat. Dans la seconde, on rencontre le tiers débiteur de l'une des parties contractantes, le tiers assujetti à l'obligation de solidarité légale passive et le tiers époux assujetti à l'obligation du passif commun.

42. Dans une catégorie intermédiaire se trouvent les tiers qui acquièrent la qualité de partie au contrat et les parties qui deviennent des personnes tierces au contrat. C'est le cas des ayants cause universels ou à titre universel ou les parties qui deviennent tierces après avoir transmis, à titre gratuit ou onéreux, la totalité de leur patrimoine, c'est-à-dire l'ensemble des droits et obligations nés de leur contrat.

43. **Le tiers en droit de l'arbitrage.** L'étude de la qualité du tiers en droit de l'arbitrage respectera donc la catégorisation que nous venons de présenter. Bien qu'il s'agisse d'une conception classique n'échappant pas aux critiques, elle sera malgré tout retenue en ce qu'elle place, on le verra, le critère de la volonté de contracter au cœur de sa classification. Le tiers sujet de l'opposabilité en droit de l'arbitrage sera donc envisagé selon deux façons. D'abord, il y a le tiers qui, bien que n'étant pas signataire de la convention d'arbitrage, se verra attiré aux effets de celle-ci, soit parce qu'il s'est impliqué *positivement* à la négociation, à la réalisation ou à l'exécution du contrat, soit parce qu'il a participé *négalement* à l'anéantissement dudit contrat. Ainsi, le tiers à l'égard de qui les effets de la clause seront étendus ne peut être qu'intéressé par le contrat soit positivement, soit négativement. Ensuite, il y a le tiers ayant cause à titre particulier qui, malgré qu'il ne soit pas à l'origine du choix de l'arbitrage, mais en raison des droits qu'il reçoit de la partie contractante, se voit transmettre la clause d'arbitrage en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire des droits substantiels transmis. Enfin, il y a les tiers bénéficiaires d'une attribution de droits ou ceux qui sont adjoints à un rapport contractuel. Ces trois catégories de tiers sont donc les sujets de l'opposabilité dont les mécanismes

permettant sa mise en œuvre sont le mécanisme extensif, translatif, attributif et adjonctif de droits.

44. Finalement, l'intérêt de définir les termes de notre sujet permet de soulever le problème de la transposition et de la réception de l'opposabilité, pour ce qui est de ses fonctions traditionnelles telles que nous les avons exposées en droit commun. Nous pensons, contrairement à l'opinion dominante, que la fonction probatoire peut trouver application dans la sphère processuelle, surtout pour les tiers qui souhaitent se prévaloir de la convention pour participer à l'arbitrage, et croyons que la fonction de sanction n'est pas dénuée de sens en droit de l'arbitrage. Nous pensons même que c'est à partir de cette fonction que la règle de l'attraction est rendue possible. L'opposabilité est donc parfaitement recevable en droit de l'arbitrage à condition d'attacher à celle-ci une fonction nouvelle qui serait sienne, à savoir l'opposabilité-attraction. Dans cette perspective, nous poursuivons notre analyse à présent en exposant les principes directeurs gouvernant l'étude de cette démarche.

§2 Principes directeurs

45. Le fait est que le principe de l'opposabilité, sous sa nouvelle fonction, est applicable en matière d'arbitrage, témoigne que cette démarche est nécessairement justifiée. La première question qui se pose est la suivante : quels seraient les arguments qui pourraient justifier la réception du principe d'opposabilité en droit de l'arbitrage ? La réponse à cette question découle de trois raisonnements essentiels censés fonder notre démarche. Ces raisonnements correspondent, respectivement, au rejet de l'analyse de certaines justifications de la règle de l'attraction obstruant l'accueil de l'opposabilité en droit de l'arbitrage, aux caractéristiques de la convention d'arbitrage et à la similitude des conditions de mise en œuvre du principe d'opposabilité en droit commun avec celles de l'attraction d'un tiers à l'arbitrage.

46. **Le rejet des justifications et de la qualification dressées par la doctrine de la règle de l'attraction.** Ce raisonnement consiste à réfuter les justifications d'ordre terminologique et théorique qui ont été présentées par la doctrine et qui font obstacle à l'utilisation de la terminologie « *opposabilité* » en matière d'arbitrage. Il s'agit plus précisément de maintenir l'applicabilité des fonctions traditionnelles de

l'opposabilité en matière d'arbitrage et rejeter la justification qui tend à assimiler l'effet d'attraction à celui de la force obligatoire. Il sera question également de clarifier le statut de la clause d'arbitrage, car les conséquences juridiques sur le principe de l'opposabilité dépendront de la qualification qu'on lui donnera. Cette étape de précision nous conduira par la suite à faire de même pour la qualité de partie immédiate — partie au contrat et à la clause d'arbitrage — et partie médiate — tiers non-signataire de la clause, mais devenant partie à l'instance arbitrale —.

47. Les conséquences de la nature juridique de la convention d'arbitrage sur la réception de l'opposabilité en droit de l'arbitrage. Le particularisme et l'originalité de la convention d'arbitrage soumettent celle-ci à des règles spécifiques. En tant que convention de procédure, la convention d'arbitrage obéit à la fois au régime général du droit des contrats, en raison de sa nature contractuelle, et aux règles du droit processuel, car elle a pour objet d'organiser la résolution des litiges. Parmi les règles originales se trouvent les règles de l'accessoriété, de l'autonomie matérielle par rapport au contrat principal, de l'autonomie juridique par rapport à toute loi étatique, le principe de « *validité de la convention d'arbitrage internationale* » ou encore le principe de compétence-compétence. Ces règles ont des conséquences majeures sur l'opposabilité et sa réception en droit de l'arbitrage.

48. La règle de l'accessoriété, qui ne concerne bien évidemment que la clause d'arbitrage, signifie que la clause compromissoire est transmise avec le contrat en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis. Elle suit donc le sort du principal tant que celui-ci n'est pas anéanti. Justement, cette accessoriété se voit limitée par la règle de l'autonomie matérielle¹⁰⁹ lorsque le contrat est touché par une cause d'inefficacité. La clause compromissoire devient alors indépendante¹¹⁰, ou se sépare¹¹¹, matériellement du contrat. Ainsi, le fait de ne pas suivre le sort du principal constitue déjà une règle spécifique faisant exception à la règle de l'accessoire ou « *principale sequitur accessorium* ».

49. En revanche, l'autonomie juridique par rapport aux lois étatiques ne concerne que la convention d'arbitrage internationale. Cette règle exprime l'idée que la convention d'arbitrage internationale a un régime juridique propre. Elle a un

¹⁰⁹ V. par exemple : Frédéric-Édouard KLEIN, « *Du caractère autonome de la clause d'arbitrage, notamment en matière internationale* », *RCDIP*, 1961, n° 12, p. 521.

¹¹⁰ Terme que l'on peut retrouver dans l'alinéa 1 de l'article 1447 du Code de procédure civile qui énonce que : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* ».

¹¹¹ Pierre MAYER, « *L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence* », *RCADI*, 1989, t. 217, n° 210, p. 319.

régime distinct par rapport au régime de droit interne, et autonome par rapport aux règles de conflit de lois, car elle est soumise à une règle matérielle de portée générale. Autrement dit, la convention d'arbitrage internationale est indépendante par rapport à toute loi étatique.

50. Venant parachever l'évolution du principe de l'autonomie juridique, la jurisprudence a consacré le principe de « *validité de la convention d'arbitrage internationale* ». Ce principe signifie que la convention d'arbitrage internationale est en principe valable, sauf si, exceptionnellement, elle déroge à l'ordre public international¹¹². Il a été ainsi jugé que la convention d'arbitrage internationale a été valable indépendamment du critère de commercialité¹¹³ ou des conditions de forme¹¹⁴.

51. En ce qui concerne le principe de compétence-compétence, qu'il faut se garder de confondre avec le principe de l'autonomie, il permet à l'arbitre d'apprécier en premier sa compétence, notamment lorsque le contrat principal dans lequel la clause est contenue est atteint de nullité. L'autonomie de la clause va permettre à l'arbitre de se déclarer compétent, même en cas de nullité du contrat, pour statuer sur les effets de la nullité de ce contrat¹¹⁵.

52. La question qui se pose finalement est de savoir comment ces principes tendent à faciliter la réception du principe d'opposabilité en droit de l'arbitrage. Ces principes sont généralement présentés comme contribuant à l'*efficacité* de la convention d'arbitrage. De toute logique, un acte qui n'a pas la pleine efficacité risque de ne faire sentir ses effets à l'égard des tiers que de manière limitée. Effectivement, sans une transmission objective de la clause d'arbitrage en tant qu'accessoire de second degré et malgré l'invalidité de la transmission, on ne serait certainement pas devant une opposabilité de la convention à l'égard des ayants cause à titre particulier. Aussi, sans une règle de l'autonomie matérielle et juridique, qui a évolué vers un « *principe de validité* », la convention d'arbitrage suivra certainement le sort du principal, même lorsque celui-ci est anéanti, et elle sera aussi soumise à la rigidité des droits nationaux. Sans un principe de compétence-compétence, l'arbitre n'aura pas la

¹¹² Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 136, p. 111.

¹¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Bull. civ.*, I, n° 2 ; *Rev. arb.*, 1999, p. 260, note FOUCHARD ; *RTD com.* 1999, p. 380, obs. LOQUIN ; *RCDIP* 1999, p. 546 note BUREAU.

¹¹⁴ CA Paris, 24 fév. 2005, n° 03-13.536, *Gaz. pal.*, 2005, p. 36 ; *Rev. arb.*, 2006, p. 210 : « *La convention d'arbitrage international n'obéit à aucune règle de forme mais à un principe de validité qui repose sur le seul accord de volonté des parties. En l'espèce, la preuve de l'accord des parties résulte suffisamment de la signature et du sceau de la recourante sur le contrat litigieux. Au demeurant, un principe de capacité fondé sur la croyance légitime dans les pouvoirs des représentants se déduit du principe de validité de la convention d'arbitrage pour mettre un terme aux comportements contraires à la bonne foi* ».

¹¹⁵ V. en ce sens : Éric LOQUIN, *op. cit.*, n° 116, p. 119.

priorité de la compétence et ne pourra pas apprécier sa compétence, ou se déclarer compétent pour statuer sur les effets de la clause, notamment à l'égard des tiers.

53. La similitude des conditions de mise en œuvre du principe d'opposabilité en droit commun avec les conditions de l'attraction d'un tiers à l'arbitrage. Nous verrons qu'en droit commun contractuel, l'opposabilité est conditionnée pour sa mise en œuvre, par la connaissance par le tiers de l'existence de l'acte opposable et sur la volonté d'y porter atteinte en s'impliquant de façon déloyale. En droit de l'arbitrage, l'attraction d'un tiers à la procédure est fondée sur le critère de l'implication du tiers et sur la connaissance par celui-ci de l'existence de la convention d'arbitrage. Pour l'opposabilité en droit commun, la connaissance concerne le droit substantiel, alors qu'en droit de l'arbitrage, elle porte sur le droit d'action. Pour ce qui a trait à l'implication en droit commun, elle est généralement passive avec l'intention de nuire ou de porter atteinte aux droits substantiels de l'un des contractants — opposabilité en raison de la complicité du tiers avec une partie au contrat —. Pour ce qui concerne l'implication en droit de l'arbitrage, elle peut être *positive* sans intention de nuire — implication dans la négociation, la formation ou l'exécution d'un contrat —, ou *négative*, passive avec la volonté de porter atteinte au contrat en participant à son anéantissement.

§3 Enjeux, champ d'investigation, orientation et plan de la thèse

54. Enjeux de la thèse. Avancer l'idée que le principe de l'opposabilité en droit commun est applicable en droit de l'arbitrage et affirmer qu'il est capable d'expliquer le phénomène de l'extension des effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers, sans y intégrer la fonction d'attraction, encourt le reproche de la légèreté. Mais à l'inverse, affirmer que l'arbitrage, en raison de sa nature processuelle, ne peut se voir intégrer le principe de l'opposabilité sous prétexte que ce principe ne concerne que les droits substantiels serait une condamnation hâtive du principe, ce qui réduirait l'opposabilité à un simple phénomène d'application limitée et circonstancielle. Il faut donc trouver un juste milieu et une cohabitation harmonieuse de ces ensembles de sorte que le principe de l'opposabilité puisse trouver application, sans gêne, dans les deux sphères.

55. Il est donc nécessaire de partir d'un double constat. D'une part, la littérature juridique se contente aujourd'hui de ranger le phénomène de l'attraction dans la catégorie dite « de l'effet juridique de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers ». Curieusement, en droit commun, les effets d'une convention à l'égard des tiers entrent dans le domaine de l'opposabilité. D'autre part, il est important que le phénomène soit nommé par une seule terminologie sans ambiguïtés, car la doctrine et les juges, qui sont de plus en plus confrontés à des situations où la convention d'arbitrage rayonne en dehors du cercle contractuel pour atteindre les tiers qui ne l'ont pas signée, ont tendance à utiliser tantôt le terme « *lier* » — relatif à l'effet obligatoire —, tantôt le terme « *opposabilité* » pour qualifier l'effet d'attraction de la convention d'arbitrage.

56. Convaincu que le principe d'opposabilité est en mesure d'expliquer le phénomène de l'attraction que la doctrine et la jurisprudence érigent en une règle de droit de l'arbitrage ; une règle plus proche du principe de la force obligatoire que celui de l'opposabilité. Le premier enjeu de cette étude consistera justement à systématiser l'idée suivante : la règle de l'attraction doit être attachée au principe de l'opposabilité, non comme une fonction qui viendrait en concurrence avec le principe lui-même ou avec ses fonctions, mais en ce qu'elle est une fonction nouvelle de ce principe. Cette fonction ne se confronte pas et ne rivalise pas avec les autres fonctions de l'opposabilité. Il est important de garder à l'esprit que la fonction attraction complète les autres fonctions classiques.

57. Les auteurs qui ont nourri la réflexion de la limitation du domaine du principe de l'opposabilité aux seules fonctions que nous connaissons et aux seuls droits substantiels sont tout de même divisés. Certains, que nous qualifierons de « *catégoriques* », estiment que la clause d'arbitrage ne produit qu'un seul effet : l'effet obligatoire. Celui-ci est valable aussi bien pour les parties signataires qu'à l'égard des tiers qui viennent graviter autour du contrat. D'autres, que nous qualifierons de « *prudents* », traitent le sujet avec circonspection. Ils voient en l'application des deux fonctions en matière d'arbitrage un non-sens juridique, car il est inhabituel d'actionner la fonction de sanction pour réprimer le comportement d'un tiers portant atteinte à la clause compromissoire et obstruant la constitution du tribunal arbitral, ou de voir un tiers se prévaloir de la convention d'arbitrage pour apporter la preuve d'un fait. Ces auteurs n'ont pas élargi le spectre des tâches que pourrait accomplir l'opposabilité. Nous pensons que l'opposabilité doit s'adapter avec le domaine dans lequel elle est appelée à agir. Nous pensons même qu'en matière d'arbitrage,

l'attraction est le préalable de la fonction de sanction. Cette idée que nous développerons ultérieurement dans la présente thèse consiste à dire que l'attraction d'un tiers à l'arbitrage a un objectif, celui de permettre à l'arbitre de statuer sur l'implication de ce dernier pour enfin décider de sa sanction. L'idée sous-jacente est que l'opposabilité du contrat contenant la convention d'arbitrage se manifeste en deux étapes : une opposabilité des droits substantiels du contrat dont la conséquence est le déclenchement de la fonction sanction et une opposabilité du droit d'action qui enclenchera, *ipso facto*, la fonction attraction du tiers.

58. Notre objet d'étude peut susciter quelques interrogations. Le juriste peut voir dans cette démarche deux problématiques essentielles. D'une part, ne faut-il pas considérer la fonction de sanction comme une fonction suffisante à la justification de l'attraction des tiers à l'arbitrage sans qu'il y ait besoin d'attribuer à l'opposabilité une nouvelle fonction ? D'autre part, s'il existe une opposabilité du droit d'action, et si on établit le parallèle avec le compromis, qui est une convention séparée du contrat, on en déduit qu'il y a une opposabilité du droit d'action, né du compromis, à l'égard des tiers. Au même titre que la clause compromissoire, l'opposabilité du compromis se manifesterait donc par leur attraction. En outre, l'on sait que l'attraction des tiers, dans le cas de la clause d'arbitrage, est justifiée par la participation de ces tiers à la négociation, la formation, l'exécution ou à l'anéantissement des droits et obligations substantiels nés du contrat, alors que dans le cadre du compromis, l'atteinte sera uniquement portée au droit d'action. Ayant dit cela, la question qui se pose est la suivante : une telle atteinte au droit d'action est-elle en mesure de justifier l'attraction des tiers ?

59. Pour répondre à la première interrogation, il faut comprendre que la fonction classique de l'opposabilité, qui est la fonction de sanction, a pour conséquence de sanctionner l'atteinte par le tiers au contrat et donc d'engager sa responsabilité délictuelle. Alors que la fonction d'attraction a pour conséquence l'attraction des tiers à la procédure arbitrale et devant le tribunal adéquat. Il n'est pas malvenu de penser que la fonction attraction peut se concevoir comme une forme de sanction pour les tiers. Certains peuvent tout à fait plaider pour cette idée que nous ne nous partageons guère. Telle est donc la subtilité de la distinction entre les deux fonctions. Par ailleurs, il faut avoir présent à l'esprit que dès l'instant où la fonction attraction a joué son rôle, celle-ci passera le flambeau à la fonction de sanction pour lui laisser le soin de poursuivre son action — engagement de la responsabilité du tiers —. Tout cela pour dire et insister sur l'idée suivante : la fonction de sanction est

insuffisante pour justifier l'attraction, car elle a nécessairement besoin au préalable de la fonction d'attraction et *vice versa*. Les deux se relayent successivement et sont complémentaires.

60. S'agissant de la seconde question relative à la possible attraction des tiers fondée sur l'atteinte au droit d'action, l'on peut raisonner de la façon suivante : il est indéniable que l'opposabilité du droit d'action existe pour toutes les conventions d'arbitrage, que le droit d'action soit né d'une clause d'arbitrage ou d'un compromis. Pour le compromis, il est tout à fait concevable pour ne pas dire rare qu'un tiers puisse porter atteinte à celui-ci, donc au droit d'action qui fait naître, en entravant le cours de la procédure arbitrale — obstruer par exemple la constitution du tribunal arbitral —. Le tiers se verra donc attiré à la procédure en raison de son comportement et subira les conséquences de son obstruction. Alors que dans le cadre de la clause d'arbitrage, le raisonnement est différent. En effet, le tiers en portant atteinte au contrat principal, porte *ipso facto* atteinte à l'ensemble des clauses du contrat, notamment la clause compromissoire. À peu de chose près, l'atteinte à la clause d'arbitrage, ou au droit d'action qu'elle fait naître est indirecte. Le tiers, de par son comportement, subit une double opposabilité : une opposabilité principale, celle du contrat et des droits substantiels nés de ce contrat et une opposabilité incidente, celle du droit d'action. Ces deux opposabilités se déclenchent simultanément et sont interdépendantes.

61. **Champ d'investigation, orientation et plan de l'étude.** Le droit commun et le droit français de l'arbitrage interne et international seront à la fois la source, le prisme fondamental et la cible de nos développements, mais la référence à certains droits étrangers à titre de comparaison sera d'une grande utilité pour notre étude. Nous privilégierons à cet égard les sources anglo-saxonnes et suisses, et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, il suffit de consulter une récente enquête de 2021, réalisée par l'IAA¹¹⁶ recensant le siège d'arbitrage préféré des litigants internationaux, pour constater la place qu'occupent les capitales de ces pays et pour mesurer l'ampleur de la faveur donnée à l'arbitrage. Mais plus important encore, ces droits fournissent un nombre important de sources juridiques relatives à la convention d'arbitrage et à la question centrale qui nous occupe dans la présente thèse, à savoir l'extension *ratione personae* des effets de la convention d'arbitrage. D'autre part, ces

¹¹⁶ V. l'enquête publiée par « The International Arbitration Attorney » : <https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/2021-international-arbitration-survey-adapting-arbitration-to-a-changing-world/>.

États ont une influence palpable sur le droit international, notamment sur les accords internationaux, et une empreinte manifeste sur le droit de l'arbitrage international¹¹⁷.

62. Ceci étant précisé, nous amorçons donc notre étude par le droit commun dans l'objectif de saisir le principe de l'opposabilité et ses applications et de fournir une vue d'ensemble sur l'existant avant de parvenir au cœur de notre sujet, qui est l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage. Autrement dit, il faut partir du contractuel pour arriver au procédural. Un pareil travail de conceptualisation ne peut être que central dans l'étude de notre sujet, car il va nous permettre ensuite d'apprécier la recevabilité du principe d'opposabilité et de ses fonctions classiques en droit de l'arbitrage. Le principe de l'opposabilité sera, à coup sûr, confronté à des obstacles présentés comme obstruant sa réception. Pour lever le voile sur ces obstacles, on fera appel à un travail d'ajustement qui saura adapter le principe de l'opposabilité à la sphère d'arbitrage. Cette étape se bornera à justifier le rejet et la relativisation des critiques présentées par certains auteurs de la doctrine. Il s'agira sans nul doute d'un travail de justification et d'explication. Nous tâcherons donc de motiver la réception des fonctions classiques de l'opposabilité tout en proposant d'attacher la règle de l'attraction à l'opposabilité comme fonction nouvelle. Enfin, une dernière étape est nécessaire, elle reviendra sur l'évaluation de l'efficacité de la fonction d'attraction une fois le principe de l'opposabilité reçu en droit de l'arbitrage.

63. Ainsi, notre analyse juridique de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage impose d'envisager de nombreux domaines du droit. C'est la raison pour laquelle nous commencerons par examiner les fondements du principe avant de voir si celui-ci est applicable ou recevable dans un domaine déterminé. Le schéma sur lequel notre étude prendra appui est didactique, mais des plus classiques. En effet, après avoir exposé la conceptualisation du principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage (*Première partie*), nous tenterons d'examiner son efficacité (*Seconde partie*).

Première partie : La conceptualisation du principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage.

¹¹⁷ C'est ainsi que la question de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage a conduit par exemple le juge américain à reconnaître cinq théories selon lesquelles les non-signataires peuvent être attirés à l'arbitrage convenu par les parties de la convention d'arbitrage. En effet, le tribunal de Thomson — *CSF, S.A v./American Arbitration Association* 64 F. 3d773 (2 Cir.1995) — a décidé que l'extension compromissaire était possible en présence d'une « *incorporation by reference* », « *assumption* », « *agency* », « *piercing the corporate veil* », « *Estoppel and Alter Ego doctrine* ». La plupart de ces théories ont trouvé écho en droit français de l'arbitrage.

Seconde partie : L'efficacité du principe de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage.

PREMIÈRE PARTIE : LA CONCEPTUALISATION DU PRINCIPLE D'OPPOSABILITÉ AUX TIERS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

64. Une démarche déductive. Toute étude qui a pour velleité d'analyser l'applicabilité ou la réception d'un principe quelconque dans un domaine de droit déterminé, est nécessairement amenée à se prononcer sur la conception¹¹⁸ de ce principe suivant le droit dont il puise ses sources. L'analyse du principe d'opposabilité, ou le rayonnement des effets du contrat à l'égard des tiers, en droit de l'arbitrage, doit nous conduire donc à nous interroger d'abord sur l'essence de ce principe en droit commun (*Titre I*).

65. Le procédé à travers lequel nous allons nous prêter aboutit à un résultat bien précis : le principe d'opposabilité est bel et bien un principe ancré en droit commun et, sous condition de quelques ajustements, parfaitement recevable en droit de l'arbitrage. Il est en effet aisé de justifier ce constat, parce que d'une part la littérature juridique à ce sujet est abondante, et d'autre part, parce que le principe se trouve depuis la réforme de 2016 inscrit au Code civil. Cela dit, il ne faut pas se fier aux apparences, car derrière la simplicité apparente de l'objectif annoncé — examiner la conception du principe en droit commun, sa transposition et sa possible réception en droit de l'arbitrage — se cachent en réalité quelques difficultés latentes auxquelles il faut apporter une réponse.

66. Pour ce faire, nous nous intéresserons, dans une première étape, à l'analyse des divers fondements et applications du principe d'opposabilité en droit commun ainsi que les conditions de sa mise en œuvre. On songera, tout d'abord, à l'examen de l'apparition de la notion d'opposabilité qui semble être le fruit d'une confrontation avec la rédaction malencontreuse de l'ancien article 1165 du Code civil

¹¹⁸ Conceptualiser, c'est créer, ordonner, étudier et construire des idées ou de concepts à partir d'une représentation de la connaissance du monde réel. Cette représentation intellectuelle d'une chose ou d'un élément, dans laquelle tout concept est exprimé en termes de relations avec d'autres concepts et avec ses exemples, permet de donner à un élément une consistance quasi invariable et un développement de la pensée à partir de l'expérience qui relève du vécu, de la pratique et de l'apprentissage. V. en ce sens différentes définitions : Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 231 ; Alain REY, *Dictionnaire culturel en langue française, Le Robert*, 2006, p. 1738 ; *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de sociologie du droit*, éd. 2^{ème}, L.G.D.J, 1993, pp. 87-88.

qui disposait que : « *Les conventions n'ont d'effet d'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». En effet, le sens de cet article paraît exclure toute idée de rayonnement des effets du contrat, alors qu'un contrat sans effet à l'égard des tiers ne peut efficacement jouer son rôle d'instrument de justice cumulative¹¹⁹. Qu'est-ce qu'un contrat translatif du droit réel que tous les tiers seraient autorisés à ignorer ? Que serait le droit de propriété dans ce cas, droit naturel et imprescriptible de l'homme aux côtés de la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression¹²⁰ ? Qu'est-ce qu'un contrat de créance sans les actions ouvertes au créancier, et que serait un contrat de mandat si celui-ci est dépourvu d'effets à l'égard des tierces personnes traitant avec le mandataire ? C'est alors en raison de la distinction entre le principe de la relativité des conventions et les exceptions admises pour ce principe qu'est apparue l'opposabilité et a pu peu à peu s'ériger en un principe de la théorie générale du droit.

67. Chemin faisant, on aura par la suite l'occasion de soumettre le principe de l'opposabilité à l'épreuve des conditions de sa mise en œuvre. Enfin, il sera question de la réception du principe en droit de l'arbitrage. L'examen de la réception devra répondre à l'interrogation suivante : l'opposabilité peut-elle être transposée en droit de l'arbitrage et remplir les mêmes fonctions qui lui sont reconnues en droit commun ? Ou faut-il lui attribuer une nouvelle fonction qui lui sera propre en la matière ?

68. C'est d'ailleurs sur la base de cette autre fonction que nous procéderons à l'analyse de la seconde étape de l'exercice qui consistera en l'étude des mécanismes permettant cette réception, c'est-à-dire les mécanismes du rayonnement des effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers (*Titre II*).

Titre I : Le principe d'opposabilité ou le rayonnement des effets du contrat à l'égard des tiers.

Titre II : Les mécanismes du rayonnement des effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers : les instruments de la règle de l'attraction.

¹¹⁹ Justice corrective qui permet le rééquilibrage et la compensation des pertes ou des avantages par des valeurs équivalentes. V. en ce sens : Muriel FABRE-MAGNAN, *Le droit des contrats*, PUF, 2018, pp. 103-125.

¹²⁰ Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

TITRE I : LE PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ OU LE RAYONNEMENT DES EFFETS DU CONTRAT À L'ÉGARD DES TIERS

69. L'effet relatif : véritable point de départ de l'étude de l'opposabilité.

L'opposabilité existe, tout juriste l'a rencontrée. Au cours de son périple, il l'aperçoit constamment, il connaît sa portée, mais ne saurait rigoureusement la justifier. En s'essayant à l'étude de son objet, il se heurte à des ambivalences. D'un côté, il est acquis que les tiers ne peuvent ni profiter ni subir l'effet obligatoire d'une convention, de l'autre, il est admis qu'on peut stipuler pour autrui, se porter fort en faveur d'un tiers ; agir en action directe ; exercer une action oblique¹²¹ ou paulienne, ou encore souffrir de l'« effet mobilisateur »¹²² de la convention d'arbitrage bien que l'on ne soit pas signataire de ladite convention. Relativité de la force obligatoire et rayonnement de celle-ci semblent donc entretenir une histoire commune et se définissent par référence l'une à l'autre.

70. Avant le 1^{er} octobre 2016, date à laquelle l'article 1200 du Code civil¹²³ est entré en vigueur et venu consacrer, implicitement, une assise légale au principe d'opposabilité, la question des effets du contrat à l'égard des tiers est restée pendant très longtemps un sujet de discorde, notamment l'unanimité à propos de son fondement. Si l'on envisage donc une étude des fondements du principe en droit commun pour ensuite s'essayer à sa réception en matière d'arbitrage, c'est dans le siège du principe de la relativité du contrat qu'il faut tenter l'analyse. En effet, c'est en démontrant que l'opposabilité est le prolongement naturel des effets du contrat, et ce, dans le but de fonder la prétention des parties à l'égard des tiers — fonction-sanction — et des tiers à l'égard des parties — fonction-probatoire — (*Chapitre*

¹²¹ Après la réforme de 2016, l'action oblique n'est plus introduite au Code civil comme une exception au principe de l'effet relatif du contrat. En effet, l'adverbe néanmoins, qui ouvrait l'article 1166, révélait que, dans l'esprit du législateur, l'action oblique représentait une exception au principe de l'effet relatif. V. en ce sens : Jérôme FRANÇOIS, *Traité du droit civil, t. 4, Les obligations : régime général*, éd. 4^{ème}, dir. Christian LARROUMET, Economica, Paris, 2017, n° 388, p. 380.

¹²² Expression utilisée par Jean Pierre ANCEL, « *L'arbitrage international en France : principes et système* », APD, 2009, p. 201. Consultable en ligne : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/1279.pdf>.

¹²³ « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait ».

premier) que l'interrogation de la réception de celle-ci en droit de l'arbitrage serait alors posée *Chapitre second*).

Chapitre I : La conception du principe d'opposabilité en droit commun.

Chapitre II : La réception du principe d'opposabilité en droit de l'arbitrage.

CHAPITRE I : LA CONCEPTION DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ EN DROIT COMMUN

71. **Division.** Toute ambition à étudier un concept juridique, en l'occurrence l'opposabilité, suppose avant tout de se questionner sur son assise théorique. Partant du droit commun et afin de préciser cette assise, nous aurons recours dans un premier temps aux divers fondements et applications du principe (*Section I*), avant d'en aborder les conditions de mise en œuvre (*Section II*).

Section I : Divers fondements et applications de l'opposabilité

Section II : Les conditions de mise en œuvre de l'opposabilité

SECTION I : DIVERS FONDEMENTS ET APPLICATIONS DE L'OPPOSABILITÉ

72. Division. La voie suivie par la majorité des auteurs qui traitent du principe d'opposabilité en droit commun ; voie dont il serait difficile de dévier, consiste à énoncer d'abord les différents fondements (§1) avant de reconnaître à ce principe les fonctionnalités qui lui sont propres (§2).

§ 1 Les fondements du principe d'opposabilité

73. Au revers de la relativité. Les nouveaux textes du Code civil consacrent à l'article 1199 le principe de l'effet relatif des contrats : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* »¹²⁴. Au sens littéral, ce texte, anciennement l'article 1165, signifie que le contrat ne peut créer de droits et d'obligations qu'au profit et à l'encontre de ceux qui y sont partis pour avoir donné leur consentement¹²⁵. Le contrat serait donc une sphère d'activité juridique dans laquelle nul ne pourrait aliéner sa liberté en vertu d'un accord non consenti, et rien ne pourrait rendre une personne débitrice ou créancière d'une obligation dont elle n'a exprimé aucune volonté. non consenti ni rendre des personnes n'ayant pas contracté, débitrices ou créancières. Parallèlement, dire que le contrat ne produit d'effet qu'à l'égard de ceux qui l'ont voulu, c'est affirmer que l'étude de l'opposabilité est le point de départ de la portée restreinte de la relativité des contrats¹²⁶. Une démarche qui consiste à faire table rase des débats passés et à reconsidérer les négations, longtemps répétées par la doctrine classique, de tout effet, ou presque, des contrats à l'égard des tiers.

74. En effet, nombreux sont les écrits et les travaux qui ont été consacrés à l'étude de l'opposabilité à travers le prisme de l'effet relatif des contrats¹²⁷. À tel point

¹²⁴ C. civ., art. 1199

¹²⁵ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, t. 3, les obligations, le contrat*, éd. 9^{ème}, Economica, 2018, p.851.

¹²⁶ V. en sens, Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 8, p. 7 ; José DUCLOS, *op. cit.*, n° 4, 12-1, 26 et s, p.26, 35, 50 et s.

¹²⁷ V. Les thèses qui, partant du principe de l'effet relatif, traitent de la notion d'opposabilité : Florentin DEBRAND, *thèse préc. citée* ; Léon DELCOURT, *De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, thèse de doctorat,

qu'on ne peut expliquer l'une des deux notions sans examiner la portée de l'autre. Depuis bien avant les travaux de Weill, l'opposabilité s'est progressivement bâtie et affirmée en principe permettant de faire reconnaître le contrat à l'égard des tiers¹²⁸. Ce principe se prévaut aujourd'hui d'un large consensus au sein de la doctrine contemporaine et d'une assise à l'article 1200 du Code civil. Ainsi comprise et acceptée par tous, l'opposabilité, rappelons-le, se définit comme : « *L'aptitude d'un droit, d'un acte, d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments, mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables, à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi en ouvre le droit* »¹²⁹. Duclos ajoute que : « *L'opposabilité est la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* »¹³⁰.

75. Il ressort de ces définitions que la distinction entre la relativité et l'opposabilité dépendra essentiellement de l'analyse du contrat et des sujets auxquels il s'adresse. Ces deux analyses sont nécessaires à l'étude des éléments qui permettent au contrat d'être tantôt relatif¹³¹, tantôt de rayonner et s'étendre en dehors de son cercle contractuel. Ce schéma permet déjà de faire éclater les solutions sibyllines des articles qui ont consacré la relativité au Code civil, et d'affirmer par la suite que les thèses axiomatiques développées par les individualistes autour d'une négation totale de tout effet du contrat à l'égard des tiers, ne sont simplement qu'un déni de la réalité juridique, économique et sociale. Une application de la relativité contractuelle aurait constitué, selon les mots de Goutal, « *un insupportable frein aux échanges économiques et à l'activité humaine* »¹³².

droit, Paris, 1902 ; Eugène JUILLE, *Les effets des actes juridiques à l'égard des tiers*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1904, Alex WEILL, *thèse préc. citée* ; Simone CALASTRENG, *thèse préc. citée*, Jean-Louis GOUTAL, *thèse préc. citée*.

¹²⁸ Camille KOUCHNER, *De l'opposabilité en droit privé*, thèse de doctorat, Droit, s. dir Antoine LYON-CAEN Tours, 2004, p. 4.

¹²⁹ Gérard CORNU, *op. cit.*, v. *opposabilité*.

¹³⁰ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 2-1, p. 22 et n° 12-2, p. 35.

¹³¹ V. Cristian LARROUMET, Sarah BROS, *op. cit.*, p. 851. Les auteurs constatent « *qu'en dehors de quelques décisions que l'on doit considérer comme aberrantes, la jurisprudence s'en tient au principe qui est annoncé à l'article 1199 du Code civil. Ainsi il a été admis par la Cour de cassation que l'ancien article 1165 avait été violé par une cour d'appel qui avait considéré que le syndic du règlement judiciaire d'un débiteur pouvait continuer l'exécution des contrats conclus par celui-ci pour le compte du débiteur qu'il représentait. Ainsi encore, le locataire, qui n'est pas partie au contrat de vente de l'immeuble, n'est pas tenu de transmettre à l'acheteur le dépôt de garantie que le bail a mis à sa charge au profit de son bailleur. Aussi, dans une cession de parts sociales ou d'actions, la garantie du passif à laquelle s'oblige le cédant peut être invoquée par le seul cessionnaire, en occurrence une société, à l'exclusion non seulement de la société dont les droits sociaux ont été cédés, mais encore du président de la société cessionnaire agissant à titre personnel — ... —* ».

¹³² V. Jean-Louis GOUTAL, *op. cit.*, p. 61.

76. Pour y parvenir, nous nous livrerons, dans un premier temps, à un examen des justifications objectives de la notion d'opposabilité (A) c'est-à-dire une conception de l'opposabilité organisée autour de l'objet du contrat. Puis, nous procéderons aux justifications subjectives de l'opposabilité (B) dans lesquelles l'opposabilité est appréhendée auprès de son sujet.

A. *Exposé des fondements objectifs*

77. **De multiples justifications objectives.** La première justification est empruntée aux auteurs classiques. Certains auteurs admettent, en effet, que le contrat serait opposable aux tiers, car celui-ci est un fait social¹³³ et son opposabilité devient naturelle. D'autres, en revanche, avaient pour ambition de justifier l'opposabilité conformément au caractère normatif du contrat, car la thèse du contrat-fait contribue certainement à expliquer certains effets à l'égard des tiers, mais ne suffit pas à expliquer tous les effets du contrat que la théorie de l'opposabilité prétend lui faire produire¹³⁴ (1). La seconde, la plus souvent avancée, est fondée sur une conception unitaire de l'opposabilité (3). Cependant, quels que soient les fondements avancés, l'approche classique est vigoureusement critiquée (2).

1. **L'approche classique de l'opposabilité**

78. **État des lieux.** L'objectif des développements à venir est précisément de faire un état des lieux des fondements classiques justifiant la notion d'opposabilité. D'abord, il est nécessaire de remonter aux origines historiques de l'effet relatif pour essayer de trouver une justification à la notion d'opposabilité : c'est l'approche par le prisme de la relativité des conventions (a). Cette étape permettra de comprendre l'essor de la théorie de l'opposabilité liée au contrat-fait. Ensuite, d'autres théories, plaçant cette fois-ci le contrat bien loin de son rôle factuel, vont s'intéresser au rôle normatif de celui-ci (b). Il s'agit, d'une part, de la théorie normative du contrat qui

¹³³ Le contrat est-il un fait ou un fait social ? En ce sens, v., Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 101, p. 94 : Le glissement sémantique de la notion du contrat-fait à la notion de fait social n'est pas innocent : « *Dire que le contrat est opposable parce qu'il est aussi un fait, c'est donner de l'opposabilité une explication purement technique. Dire que le contrat est opposable en tant que fait social suggère que ce caractère social justifie une opposabilité particulière* ».

¹³⁴ V. *Ibid.*, n° 90, p. 85.

permet de fonder l'opposabilité suivant la nature des droits issus du contrat et sur le principe de la force obligatoire. Enfin, il serait intéressant d'analyser la justification de l'opposabilité à travers les actes juridictionnels (c).

a. *L'opposabilité justifiée à travers le prisme de l'effet relatif des conventions*

79. La portée de la relativité de l'ancien article 1165 et du nouvel article 1199.

L'opposabilité du contrat-fait, systématisée par Weill et Calastreng, dépend en grande partie du sens attribué à l'ancien article 1165 du Code civil dans la mesure où il ne contredit pas l'existence des conventions à l'égard des tiers. Or, récemment, l'article 1165 a fait l'objet d'une reformulation à l'article 1199 du Code civil, issu de la nouvelle réforme du droit des obligations. Ainsi, si l'on prend comme point de départ de l'étude de l'opposabilité l'ancien article 1165 du Code civil (i), le point d'arrivée serait l'article 1199 du même Code (ii). Il s'agit donc ici de faire l'examen du sens qui a été donné au principe de l'effet relatif et du sens que l'on pourrait lui donner aujourd'hui.

i. Un point de départ : l'ancien article 1165 du Code civil

80. L'approche classique de l'ancien article 1165 : une lecture très restrictive.

« *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, elles ne nuisent point au tiers ; elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». Le rappel des termes de ce texte est nécessaire à la compréhension des différents sens qui lui ont été attachés. Cet article, comme il s'est affirmé depuis 1804, contient deux restrictions distinctes. La première restriction traduit l'effet obligatoire du contrat. Ne concernant *a priori* que les parties, l'effet obligatoire peut être rapproché avec l'alinéa premier de l'ancien l'article 1134 du Code civil qui stipulait que : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». La seconde restriction a trait aux effets nuisibles ou profitables que pourrait avoir la convention à l'égard des tiers, à l'exception des stipulations pour autrui. L'interprétation de cet article, largement empreinte du dogme de l'autonomie de la volonté, a abouti à une conception très rigide de la notion de l'effet relatif des conventions. En effet, étant les seules à exprimer leur consentement à l'acte, les parties sont également les seules à en subir les effets. Le tiers, comme son nom

l'indique, est étranger à ce rapport et peut méconnaître son existence ; les contractants ne sont pas non plus en mesure d'en réclamer le respect. Cette affirmation induit, d'une part, que la convention existe entre les parties et d'autre part qu'elle poserait un principe de l'inexistence des conventions à l'égard des tiers. À ce propos, Bigot De-Préameneu disait que : « *Il serait injuste qu'un acte auquel une tierce personne n'a point concouru pût lui être opposé* »¹³⁵.

81. L'approche renouvelée de l'ancien article 1165 : une interprétation conciliante. L'analyse classique de l'effet relatif des conventions, très rigide, s'est retrouvée critiquée notamment du fait de la conception exclusivement volontariste du contrat. Il a fallu donc dégager une autre interprétation capable de concilier deux notions, *a priori*, contradictoires, mais *in fine*, complémentaires à savoir l'effet relatif du contrat et l'opposabilité. À la différence de la doctrine classique, les auteurs modernes vont essayer de démontrer que la force obligatoire du contrat ne peut atteindre sa pleine efficacité que s'il existe à l'égard des tiers un devoir général de respect du rapport contractuel d'autrui : une lecture qui serait donc conforme à la réalité et à la pratique prenant en compte le contrat dans son milieu social et son rapport avec les individus. Dès lors, deux interprétations sont venues confirmer cette idée. La première consiste simplement à démontrer que le sens attribué par la doctrine classique aux deux alinéas était très réducteur et redondant, la seconde, très largement répandue, comporte la systématisation des effets du contrat à l'égard des tiers à travers son caractère social ou l'opposabilité du contrat-fait.

82. S'agissant de la première interprétation, qui est en réalité une critique de la lecture classique de l'article 1165, l'analyse de POPESCO¹³⁶ sur le sens grammatical de cet article est intéressante en ce sens. Selon cet auteur, ce n'est pas tellement le premier alinéa de l'article qui pose difficultés, mais bien le sens du second. En effet, dire que le contrat ne crée d'effets qu'entre les parties et dire ensuite qu'il ne crée pas d'obligations à la charge ou au profit des tiers, c'est faire redire au second alinéa ce que le premier avait déjà annoncé : une lecture aussi simpliste et redondante serait inutile et incompatible avec le rôle du juriste. Mais ce faux-semblant de redondance était pour l'auteur une innovation, car le second alinéa exprime une autre notion juridique que celle des effets¹³⁷. L'auteur écrit : « *En déclarant que les conventions n'ont*

¹³⁵ Pierre-Antoine FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Paris, 1827, p. 238 cité par Simone CALASTRENG, *op. cit.*, p.15, in, Laura SAUTONIE — LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, Thèse de doctorat, droit, préf. Guillaume WICKER, L.G.D.J, 2008, n° 40, p. 35.

¹³⁶ Mircea POPESCO, *thèse préc. citée*.

¹³⁷ V. en ce sens : *Ibid.*, p. 79.

d'effet, notre article (1165) s'occupe d'effet obligatoire, l'effet juridique d'une convention, du droit et de l'obligation qui résulte d'un rapport juridique, et en même temps de l'action qui protège le droit et sanctionne l'obligation »¹³⁸. Cette affirmation n'est donc que la conséquence qui découle naturellement de l'existence d'un acte juridique. Elle est, selon lui, la consécration d'une règle plus générale, celle de ne pas troubler la situation morale ou matérielle des autres citoyens¹³⁹. POPESCO explique que si les termes de l'article sont ainsi formulés et non pas autrement, c'est en raison de la reformulation et de la transposition fidèle de la maxime *res inter alios acta*, et que compte tenu de la richesse de la langue française, on eut pu trouver d'autres termes plus précis qui mettrait plus de nuances au texte.

83. Il n'est donc pas étonnant que des institutions telle que l'article 1121 aient été interprétées comme des dérogations législatives et non pas des limites à l'effet obligatoire du contrat. Pour l'auteur suscitée, il y a tout simplement inexistence du contrat à l'égard des tiers. On pourrait ainsi dire que la lecture de ce texte est habile à se présenter d'une autre façon qui fait sortir le contrat et les individus, qui le concluent, de leur autarcie juridique. Il suffit de relire l'article 1165 pour se rendre compte que le législateur a bien pris en considération les effets du contrat à l'égard des tiers, puisqu'il annonce à la fin de cet article les limites aux effets du contrat. Des limites qui peuvent être plus large que prévu, car faire assavoir qu'en dehors des cas prévus par l'article 1121, le contrat ne peut rendre ni créancier ni débiteur un tiers, c'est ignorer le caractère translatif du contrat. Ainsi, si le contrat est capable de transmettre les droits et les obligations, c'est qu'il est capable également de concerner, lors de son exécution, des personnes ne l'ayant pas consenti. Une raison de plus qui impose aux tiers un devoir de respect. C'est en délimitant donc la sphère des rapports contractuels et en reconsidérant le contrat dans son milieu social que l'idée de la systématisation des effets du contrat à l'égard des tiers est alors théorisée.

84. Effectivement, en 1938, Alex WEILL systématisa les exceptions grandissantes du principe de l'effet relatif des conventions. Au troisième chapitre de son œuvre intitulé : « *Distinction des notions d'effet obligatoire et d'opposabilité. Le contrat envisagé en tant que fait juridique — fait social* », il démontre que la convention peut exercer des répercussions sur les tiers du seul fait de son existence dans un milieu social. Cette idée de systématisation de la notion d'opposabilité en tant que fait social, sera confirmée un an plus tard par Simone CALASTRENG dans une seconde partie de

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Ibid.*, p. 84.

sa thèse de doctorat dédiée à « *l'étude du sens nouveau attribué à l'article 1165* ». En effet, la théorie du contrat-fait peut être exposée de la manière suivante : le contrat oblige les parties contractantes — *principe de la force obligatoire* —, il est relatif à celles-ci seulement — *principe de la relativité des conventions* —, mais il est aussi reconnu opposable, en tant qu'il constitue un caractère social, dont l'existence peut nuire ou profiter indirectement aux tiers — *le principe de l'opposabilité* —. WEILL disait à ce sujet que : « *L'effet obligatoire ne touche pas les tiers, leur liberté est sauve, mais l'opposabilité existante erga omnes, assure le respect du caractère social des droits* »¹⁴⁰. Il ajoutait encore que l'opposabilité peut fonctionner dans les deux sens, car la nature du contrat n'est plus personnelle, elle devient sociale : « *à condition de ne pas imposer l'effet obligatoire d'une convention à un tiers, on peut lui opposer toutes les conventions ; il est obligé d'en reconnaître l'existence de fait, et à l'inverse, il peut, si tel est son intérêt, invoquer cette convention en tant que fait, puisqu'il n'exige pas l'exécution à son profit d'une obligation issue du contrat* »¹⁴¹.

85. Pour arriver à justifier l'opposabilité du contrat en tant que fait social, WEILL va procéder dans un premier temps à une distinction entre les notions d'effet obligatoire et de l'opposabilité. Cette première étape lui a permis sur un premier plan de se résoudre à l'idée selon laquelle la relativité ne vise que les effets des conventions et non leur existence. Aussi, le sens précis de l'article 1165 ne concerne en réalité que l'étendue de l'effet obligatoire des contrats aux parties concernés par celui-ci. En opposant le contrat à un tiers en tant que fait, ce n'est pas tant l'effet obligatoire qui lui est imposé, mais l'obligation de ne pas l'ignorer et d'en reconnaître l'existence. Sur un second plan, l'étude de l'effet relatif et de l'effet obligatoire a révélé qu'il existe une scission entre la force probante de l'écrit et son effet relatif. La règle de la relativité ne concerne pas la force probante, mais plutôt l'effet de la convention. Ce qui permet, selon WEILL, de tirer une preuve de l'existence de la convention vis-à-vis des tiers. En d'autres termes, l'écrit dans son existence crée une force probante qui ne concerne que les parties. En revanche, l'effet qu'il produit ne garantit pas aux tiers une totale immunité.

86. En réalité, l'idée d'un contrat-fait, avant qu'elle ne soit systématisée, n'est pas si nouvelle. En effet, des auteurs comme JUILLE, DELCOURT et DEMOGUE en avaient déjà dégagé les contours dans leurs travaux respectifs. À titre d'illustration, JUILLE, dans sa thèse de 1904, décrivait le caractère objectif des situations juridiques

¹⁴⁰ Alex WEILL, *op. cit.*, p. 174.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 205.

issues du contrat et écrivait que les relations contractuelles ayant en soi « *une existence objective, absolue, qui s'impose au respect de tous, au risque de leur nuire indirectement, et dont tous peuvent, le cas échéant, tirer un avantage indirect* » ; une première approche de l'acte juridique conduisant à une véritable distinction entre l'opposabilité et la relativité des conventions. La question à l'époque était de trouver un juste milieu et une conciliation entre les deux principes d'évidence *naturels*¹⁴². D'un côté, le principe de l'effet relatif qui est « *si élémentaire qu'il paraît naïf* »¹⁴³ et le fait de ne pas rendre une convention opposable à un tiers relève de l'*évidence*¹⁴⁴. De l'autre, une situation réelle dans laquelle on ne peut nier le lien de fait que le contrat crée à l'égard des tiers, car celui-ci, « *comme un tout, vit et s'oppose à tous ; seul son déroulement reste personnel. Toute vie est à la fois intérieure et sociale, le contrat, pareillement, s'applique aux parties et s'oppose aux tiers* »¹⁴⁵. Il était donc urgent de répondre aux sceptiques. René SAVATIER disait que le sens de l'article 1165 était incomplet et a écrit dans un article devenu célèbre : « *Cette conception simpliste d'une liberté absolue de l'individu ne tient pas suffisamment compte des liens qui rattachent inévitablement les uns aux autres tous les membres d'une société [où] les affaires de chacun, auprès d'un côté individuel, ont aussi un côté social. Il faut donc reconnaître qu'elles ne concernent pas seulement celui qui y préside, mais à certains points de vue la société et, par conséquent, les tiers* »¹⁴⁶.

87. Plusieurs facteurs peuvent expliquer l'attachement du législateur de 1804 à la vieille maxime romaine et aux solutions sibyllines de l'ancien article 1165 du Code civil. D'abord, ce n'est pas par déni des réalités ou d'épouvante égoïsme comme disait POPESCO, mais c'est en raison de la structure et l'organisation de la Société française. En effet, au début du XIXe siècle, l'époque est marquée par la révolution industrielle et l'engouement pour le commerce et le libre-échange ; les relations économiques se multiplient, le pays s'urbanise et les individus deviennent de plus en plus interdépendants alors qu'avant, l'Europe en général et la France en particulier furent des Sociétés, agraires, rurales et statiques¹⁴⁷. Cependant, bien que le contrat ait été toujours aperçu comme une affaire et une loi privée s'imposant qu'à ceux qui en ont consenti les termes, à l'égard des tiers l'acte conventionnel n'existe pas puisque,

¹⁴² V. Simone CALASTRENG, *op. cit.*, pp. 20-23 ; L'auteure cite en relief Charles DEMOLOMBE et Mircea POPESCO. Le premier reste attaché à la relativité des conventions en parlant d'un principe de toute évidence, car la loi des parties est une loi *naturelle*. Le second auteur parle des conséquences *naturelles* qui découlent de l'existence d'un acte juridique.

¹⁴³ Charles DEMOLOMBE, *Cours du Code Napoléon : traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général*, II, Vol. 25, Durand, 1869, n° 39.

¹⁴⁴ Simone CALASTRENG, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 21.

¹⁴⁶ René SAVATIER, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ., 1934, p. 544.

¹⁴⁷ José DUCLOS, *op. cit.*, p. 48.

par hypothèse, leur volonté n'a pas concouru à l'élaboration de cet acte¹⁴⁸. Les tribunaux et la doctrine avaient constaté que leur interprétation du principe de la relativité était déformée et ne s'accompagnait pas avec la finalité poursuivie par les parties au contrat¹⁴⁹ et de la vie en société.

88. Certainement, le contrat n'est pas seulement une réalité du droit ni un concept juridique convertible ou nationalisable en *diverses espèces*¹⁵⁰, c'est aussi et surtout une donnée, une réalité, une opération socioéconomique¹⁵¹. Avec l'essor des sociétés commerciales, on ne pouvait imaginer une relativité du contrat de société dont le rayonnement est *erga omnes*, ou une inopposabilité des instruments et des titres financiers dont l'efficacité repose largement sur leur opposabilité¹⁵². Parallèlement à cette transformation économique s'amorce une évolution profonde des idées doctrinales : l'individualisme et les pensées traditionnelles n'ont plus leur place dans une Société qui se voulait holiste et collective. Tout compte fait, le contrat n'est plus une affaire privée, il devient un fait social¹⁵³.

89. Par ailleurs, bien que la notion du contrat-fait puisse justifier l'essor laborieux de la notion d'opposabilité¹⁵⁴ et se révèle comme une évidence empirique, sa portée juridique reste toutefois très controversée. Plusieurs auteurs ont été d'ailleurs très critiques à propos de la portée juridique du contrat-fait comme elle fut théorisée par WEILL. En effet, ce dernier n'aborde l'opposabilité que de manière périphérique, il n'en donne pas non plus une véritable définition ou un sens particulier, il se limite simplement à relever les insuffisances de l'article 1165 du Code civil et en érige une notion de l'opposabilité par induction des faits empiriques.

90. Nous avons évoqué que la méthode empirique est limitée et ne peut élever au rang de principe une simple observation qui peut se révéler parfois contradictoire et sa mise en œuvre exige souvent la connaissance de son fondement réel. De même,

¹⁴⁸ V. Alex WEILL, *op. cit.*, p. 140 ; Simone CALASTRENG, *op. cit.*, p. 266.

¹⁴⁹ Louis THIBIERGÉ, *Le contrat face à l'imprévu*, thèse de doctorat, droit, *préf.* Laurent AYNÈS, Economica, 2011, n° 641 et s.

¹⁵⁰ Pensions aux contrats nommés versus innommés, onéreux versus gratuits, synallagmatiques versus unilatéraux, aléatoires versus commutatifs, consensuels versus solennels / réels, de gré à gré versus d'adhésion, à exécution instantanée versus à exécution successive, etc.

¹⁵¹ Éric FOKOU, « *L'apport épistémologique de la notion d'économie du contrat en matière d'interprétation* », in, *Les Cahiers de droit*, Vol. 57, n° 4, 2016, p. 715.

¹⁵² V. en ce sens : Philippe EMY, *Le titre financier*, Thèse de doctorat, droit, *s. dir.* Bernard SAINTOURENS, Bordeaux, 2005.

¹⁵³ À propos de cette expression qui est entrée dans le langage juridique français, Alex WEILL qualifiait le contrat-fait comme pièce maîtresse de son travail : « *Nous pourrions alors dégager ce qui sera la pièce maîtresse de notre travail, la notion de contrat-fait* », in, Alex WEILL, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵⁴ À observer la jurisprudence, celle-ci est restée constante depuis l'arrêt de la Cour cassation, Chambre civil du 22 juin 1864, *DP* 1864, 1, 412, *S.* 1864, 1, 349, Grands arrêts n° 75, jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation, 3^{ème} Chambre du 5 mai 1982, *Bull. civ. III*, n° 116, *D* 1983, *IR*, 17, *obs.* ROBERT. Depuis, la question de la preuve de la propriété s'est détachée de celle de l'opposabilité aux tiers.

la notion qui se voulait de droit positif n'avait à l'époque aucune assise légale. Quant à CALASTRENG, le constat est le même. En effet, elle commence par une esquisse de la portée de l'article 1165 et les exceptions qu'il comporte, puis elle dresse une étude du nouveau sens qui peut lui être donné. En revanche, dans un titre II, elle fait une ébauche de la notion d'opposabilité. On peut néanmoins constater que la méthode inductive est le point commun des deux auteurs. Autrement dit, c'est sur les exceptions que compte l'article 1165 qu'ils vont justifier le fondement de l'opposabilité comme fait, puisque chaque exception est le résultat d'un fait social déterminé. Cependant, ces justifications n'expliquent pas encore l'opposabilité aux tiers du contrat et n'expliquent pas non plus le contrat comme fait social sans indiquer sa portée¹⁵⁵, disait M. WINTGEN.

91. En situant la théorie du contrat-fait dans son champ temporel, nous avons constaté qu'il pourrait y avoir une autre explication à l'origine de cette induction sociologique de l'opposabilité et l'engouement en général pour l'étude des phénomènes juridiques par le prisme des méthodes sociologiques. Au chapitre V section III de son œuvre, CALASTRENG disait que l'interprétation surajoutée de l'article 1165 du Code civil serait « contraire aux données psychologiques »¹⁵⁶. Rien d'étonnant, puisque la référence aux données psychologiques faisait partie de l'analyse sociologique, surtout après la publication en 1895 de l'œuvre d'Émile DURKHEIM intitulée « les règles de la méthode sociologique » qui acquit aux années trente le statut de bible en sciences sociales. On pense que cette œuvre aurait influencé les auteurs dans leur justification. Il faut dire qu'Émile DURKHEIM définissait les faits sociaux comme étant : « Des manières d'agir, de penser et de sentir extérieures à l'individu et qui sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel ils s'imposent à lui »¹⁵⁷.

92. Ainsi, un fait social est toute action, ou pensée, ayant une origine sociale et dotée d'un pouvoir de coercition capable d'imposer une sanction officielle ou provoquer une réaction négative de la société¹⁵⁸. Parallèlement, le contrat, phénomène et fait social, obéit peu ou prou aux mêmes caractéristiques. Rappelons

¹⁵⁵ Robert WINTGEN, *op. cit.*, p. 86.

¹⁵⁶ Simone CALASTRENG, *op. cit.*, p. 355.

¹⁵⁷ Émile DURKHEIM, *Les Règles de la Méthode Sociologique*, édition établie Jean-Michel BERTHELOT, Flammarion, Paris, 2010, Chap.1, p. 99.

¹⁵⁸ Dans son œuvre, il propose deux règles fondamentales à l'étude des faits sociaux. La première consiste à se soumettre à la règle d'objectivité. En effet, il ne serait guère qualifiée d'étude scientifique, le sociologue qui, dans son étude sur la famille, la religion ou le suicide, puise dans ses idées préconçues pour expliquer le phénomène étudié. Celui-ci doit être donc extérieur à son sujet d'étude. La seconde, part d'un principe qu'un fait social ne peut être expliqué que par un autre fait qui lui antérieur. Pour résumer, un fait social est une action ou une pensée dotée d'un pouvoir de coercition et obéi à l'objectivité et la concomitance entre les faits antécédents.

que le contrat est la somme d'actions, d'obligations par lesquelles une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à faire, ne pas faire ou donner quelque chose. La coercition serait que toute personne ayant manqué à l'exécution du contrat causant un préjudice à une autre personne se verra contrainte d'engager sa responsabilité.

93. En résumé, malgré les critiques, on ne saurait soustraire le contrat de son caractère réel, celui de fait social. Il serait opposable parce qu'il existe aux yeux de tous. Il occupe *l'espace* juridique comme un corps occupant l'espace physique¹⁵⁹. Il crée une situation et modifie l'ordonnement juridique, il ne peut donc que s'imposer aux tiers.

ii. Un point d'arrivée : le nouvel article 1199 Code civil

94. **La refonte du principe de la relativité.** Avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, l'article 1199 stipule que : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV* ». L'ancienne formule de l'article 1165, jugée redondante et obscure, ne faisait pas de distinction entre l'opposabilité et l'effet relatif du contrat. On a vu précédemment comment la doctrine interprétait cet article — soit excessivement en opposant l'effet obligatoire du contrat aux tiers soit restrictivement en interdisant tout rayonnement du contrat à leur égard —, une interprétation dont le législateur a voulu rompre. Parce que conscient de la nécessité de distinguer entre les deux principes, le législateur a consacré deux textes séparés. Le premier, l'article 1199 consacre le principe de l'effet relatif, rien que l'effet relatif, où l'on ne peut dégager autre chose que la relativité entre les parties signataires des obligations créées. L'autre, l'article 1200, l'opposabilité où l'on a entériné l'idée que le respect de la situation juridique créée par le contrat ne s'impose pas seulement aux parties, mais également aux tiers, ce qui confère donc une efficacité extérieure au contrat.

95. Formellement, à observer la lettre de l'article 1199 et celle de l'ancien article 1165, la refonte est totale. Certains termes ont été supprimés, d'autres ont été

¹⁵⁹ Jean-Louis GOUTAL, *op. cit.*, n° 32.

reformulés. On note par exemple que le terme « *contractantes* » a été remplacé par celui de « *qu'entre les parties* ». Rappelons que ces deux termes désignent les personnes sur lesquelles l'effet obligatoire doit s'exercer. Sur ce point en particulier, il est question de savoir si la reformulation avait pour but de clarifier la notion de parties et celle du tiers ou s'il s'agissait tout simplement d'éviter la redondance dans les termes. En réalité, la réforme n'a guère innové en la matière, il semblerait que c'était plus une question grammaticale qu'une clarification des termes. La preuve, c'est qu'en s'obstinant à ne pas distinguer entre les parties et les tiers, la doctrine et la jurisprudence ont été contraintes de revenir aux anciennes distinctions des deux notions. Ainsi, certaines personnes à première vue tierces, car non-signataires du contrat, peuvent profiter du contrat ou en subir l'effet obligatoire, et donc accéder à la qualité de partie, sans pour autant que l'on soit impérativement dans l'une des exceptions prévues par « *les dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV* ».

96. Mais le domaine de l'article ne concerne pas uniquement les personnes auxquelles s'adresse l'effet obligatoire, certains termes ont également disparu d'une manière générale de la littérature du législateur. Par exemple, le terme « *contrat* » remplace celui de « *convention* », l'acte juridique n'est pas évoqué dans le texte, bien que l'article 1100 du Code civil le consacre¹⁶⁰, et cela, quoiqu'il puisse faire surgir des obligations. Aussi, ce texte ne distingue pas non plus le contenu du contrat, qui a pourtant une incidence sur la force de son rayonnement, de ce qu'il peut intéresser plus ou moins les tiers. Ainsi, un contrat créant un groupement ou transférant un droit réel aura plus d'impact sur les tiers qu'un simple contrat créateur d'obligations.

97. S'agissant à présent de l'analyse du second alinéa de l'article 1165 et celui du nouveau texte, deux observations peuvent être relevées. La première évoque l'impossibilité pour les tiers de « *demander l'exécution* » du contrat, alors que l'ancien article 1165 affirmait de manière générale que les conventions « *ne profitent pas* » aux tiers. En effet, il ne s'agit pas uniquement de demander l'exécution du contrat, ils ne peuvent pas non plus demander la résolution ou la résiliation d'un contrat auquel ils sont étrangers¹⁶¹. La seconde, plus restrictive que celle de l'ancien article 1165,

¹⁶⁰ Art. 1100-1 du Code civil dispose que : « *Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* ».

¹⁶¹ Cass. civ. 3^{ème}, 6 oct. 2016, n° 15-21.452 : « *L'effet relatif des contrats impliquait que, tiers au contrat conclu entre les époux Y et la société M., les époux X ne pouvaient en poursuivre la nullité* ». Toutefois, cette affirmation est aujourd'hui nuancée dans le cas d'une violation d'un pacte de préférence — art. 1123, al. 2 du Code civil —, et d'une promesse unilatérale de contrat — art. 1124, al. 3 du Code civil —.

rappelle l'impossibilité pour les tiers de se voir *contraints d'exécuter* le contrat. Tandis que l'ancienne formulation se contentait d'affirmer que le contrat *ne nuit point au tiers*. Désormais, il est énoncé que les tiers « *ne peuvent [...] se voir contraints* » d'exécuter le contrat. Cela signifie que le contrat ne peut évidemment pas créer d'obligations à leur charge, sans leur consentement. Mais au-delà de ce premier sens, un contrat ne doit pas non plus, en principe, réduire les droits dont les tiers sont titulaires à l'égard d'un des contractants. La portée du principe ne concerne pas, bien entendu, les personnes qui succèdent à l'intégralité du patrimoine de leur auteur, mais elle vise plutôt les *penitus extranei*, c'est-à-dire ceux qui n'ont aucun lien de droit avec les parties à l'acte, on reviendra sur ce point dans la seconde sous-section dédiée à la justification subjective de l'opposabilité.

98. Quant à la substance et s'agissant des exceptions, l'ancien article 1165 admettait la stipulation pour autrui de l'article 1121 du Code civil présentée comme « *une affectation du bénéfice du contrat à un tiers* »¹⁶², l'action oblique¹⁶³ et l'action paulienne¹⁶⁴. Cependant, les exceptions auxquelles renvoie expressément le nouvel article 1199 sont restées les mêmes¹⁶⁵ avec un élargissement au porte-fort¹⁶⁶ et une consécration de l'action directe en paiement¹⁶⁷. Mais il semble inopportun de se borner à la seule liste évoquée ci-dessus, car il existe d'autres hypothèses d'extensions de l'effet obligatoire du contrat. Nous les verrons ultérieurement, ces hypothèses peuvent être rangées en deux grandes catégories à savoir : les contrats spécialement conçus pour agir sur autrui et les contrats qui ont bien été faits à l'origine « *pour soi-même* » et qui peuvent rayonner en dehors de leurs champs. Ainsi, on peut dire que le nouvel article ne révolutionne en rien le principe de l'effet relatif si ce n'est de mentionner subtilement une différenciation entre les effets du contrat aux parties et ceux à l'égard des tiers. D'autant plus que désormais, on ne peut se prétendre du sens sibyllin de l'article 1199 du Code civil, lorsqu'il s'agit d'évoquer les effets du contrat à l'égard des tiers, puisque l'opposabilité est consacrée à l'article 1200 du Code civil.

¹⁶² Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations - contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis droit, PUF, 2008, p. 505.

¹⁶³ Anc. art. 1166, C. civ.

¹⁶⁴ Anc. art. 1167, C. civ.

¹⁶⁵ Il faut noter tout de même que ces exceptions se trouvent visées par de nouvelles dispositions : la stipulation pour autrui est visée à l'article 1205 du Code civil, l'action oblique à l'article 1341-1 du Code civil et l'action paulienne à l'article 1341-2 du Code civil.

¹⁶⁶ Art. 1204, C. civ.

¹⁶⁷ Le mécanisme des actions directes n'était pas visé d'une manière générale par le Code civil. Cependant, l'article 1753 du Code civil, l'article L 124-3 du Code des assurances ou encore l'article 12 de la loi numéro 75-1334 du 31 décembre 1975, reconnaissent successivement au bailleur, à la victime d'un accident de circulation et au sous-traitant une action directe en paiement à l'encontre du locataire, de l'assureur ou du maître d'ouvrage.

99. En définitive, il y a des vérités qu'on ne peut ni cacher ni nier : le contrat existe en tant que fait social. Il crée des effets entre les parties, mais également à l'égard des tiers. On le sait, la théorie du contrat-fait ne peut à elle seule expliquer tous les effets bénéfiques ou néfastes du contrat à l'égard des tiers. On le verra, le tiers peut écarter l'opposabilité à travers des mécanismes qui lui sont propres en utilisant l'article 1199 du Code civil ou en exceptant à l'opposabilité les conditions prévues par la loi. Et puisque le contrat est un fait, la simple preuve de la méconnaissance de ce fait peut avoir un effet irréversible sur l'idée même de la théorie. Pour cela, d'autres auteurs se sont essayés à une autre justification, celle qui trouve dans la normativité du contrat un fondement de l'opposabilité.

b. L'approche par la normativité du contrat

100. **La normativité, expression de la force obligatoire.** Il semblerait que la théorie du contrat-fait n'ait pas fait l'unanimité parmi les juristes contemporains et n'ait permis la compréhension que de certains effets du contrat à l'égard des tiers, mais ne pouvait justifier l'opposabilité en tant que théorie générale. C'est en tout cas ce que rétorquent certains auteurs qui sont allés au-delà de la théorie de l'opposabilité du contrat-fait en reconnaissant au contrat une certaine normativité. Il faut souligner que la normativité du contrat se divise selon deux idées majeures. La première idée, très ancienne, suppose que l'opposabilité du contrat doit être ramenée aux droits qui en sont issus, de sorte que la notion de l'opposabilité soit liée à la notion du droit subjectif (*i*). La seconde idée, plus récente, voit en l'opposabilité un complément nécessaire à la force obligatoire du contrat (*ii*).

i. L'opposabilité justifiée par les droits subjectifs

101. **Opposabilité absolue des droits, relativité des obligations issues de ces droits.** Définir les droits subjectifs, c'est comprendre l'application de l'opposabilité. C'est ce qui ressort de la lecture des différents ouvrages traitant de ce sujet¹⁶⁸. Selon

¹⁶⁸ V. José DUCLOS, *op. cit.*, n° 129, p.155. L'auteur cite, pour illustrer la querelle en ce qui concerne le droit subjectif, COLIN et CAPITANT, MARTY et RAYNAUD, GHESTIN et GOUBEAUX, DABIN ; V. Également Jean Louis GOUTAL, *op. cit.*, p.64 ; Robert WINTGEN, *op. cit.*, p.121 ; Hugo PLYER, *Contribution à l'étude de l'opposabilité*, Thèse de doctorat, Droit, Montpellier, 2015, p. 48.

une définition de CORNU, les droits subjectifs seraient la somme des droits absolus — droits réels — et des droits relatifs — droits personnels — ; le droit réel est celui qui porte directement sur une chose — *jus in re* — et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose. Tandis qu'un droit personnel est celui qui permet au créancier d'exiger et de recevoir d'une personne, le débiteur, l'exécution de son engagement¹⁶⁹.

102. Cela étant, tous les auteurs qui ont étudié l'opposabilité s'accordent sur un point : la notion de droits subjectifs est restée très longtemps sujette à controverses au sein de la doctrine contemporaine. La querelle était tellement manifeste qu'on est allé jusqu'à nier l'existence même de ces droits. DUGUIT disait à ce propos que : « *Il n'existerait que des situations juridiques dérivées de la règle des droits objectifs* ». Il rajoute : « *le droit subjectif est une chimère. Il n'y a pas de droit subjectif* ». Toutefois, l'assujettissement total des droits subjectifs à la règle de droit objectif est propre au courant positiviste. Selon la doctrine de ce courant, tout est soumission à la règle générale, les prérogatives individuelles n'existeraient pas et il n'y a que le devoir de respecter l'ordre public. Poussée à son extrême par KELSEN, la doctrine positiviste sera tempérée à la fin du XXe siècle. Cette doctrine majoritaire ne contestera pas la primauté du droit objectif sur les droits subjectifs, mais n'ignorera pas non plus l'existence des prérogatives individuelles, et cela, pour des raisons techniques, philosophiques et sociologiques, disait DUCLOS¹⁷⁰.

103. Si le débat sur la négation de l'existence des droits subjectifs a pu partiellement être atténué, les divergences quant à leur définition n'en finiront pas. SAVIGNY et WINDSCHEID avaient mis en avant l'idée que les droits subjectifs établissent les règles de conduite dont la mise en œuvre est soumise à la volonté du sujet. En d'autres termes, le facteur de la volonté apparaît comme un élément constitutif du droit à moins que ce dernier n'ait précisément pour objet quelque liberté d'agir ou de ne pas agir. IHERING attachait les droits subjectifs à l'idée d'intérêt protégé par la loi, car à la base des droits subjectifs se trouvent des intérêts, c'est-à-dire des biens ou valeurs reconnus par la loi comme appartenant en propre à

¹⁶⁹ Gérard CORNU, *op. cit.*, v. *droits personnels*.

¹⁷⁰ José DUCLOS, *op. cit.*, p.156. L'auteur cite DERRUPPÉ pour préciser que l'existence des prérogatives individuelles permettent de « *donner une représentation utile d'un des éléments du rapport du droit* », il rajoute : — ... — *l'emploi de ce concept facilite ainsi l'analyse des relations juridiques, grâce à la distinction des avantages — droit — et des charges — les devoirs —*. Sur un plan philosophique et sociologique, l'auteur, en citant François GENY, développe l'idée selon laquelle : « *toute prérogative ne se conçoit qu'en raison des rapports de son titulaire avec ses semblables : c'est la vie en Société qui justifie fondamentalement l'existence des droits subjectifs* ».

l'intéressé. Tantôt, ces biens ou valeurs sont inhérents à la personne du sujet et ils lui sont innés, ainsi la vie et les différentes libertés par exemple, tantôt, ils lui sont extérieurs et ils doivent avoir été acquis légalement, ainsi les choses. M. DABIN reprend la notion d'intérêt protégé d'IHERING et développe la notion d'appartenance et de maîtrise. En effet, l'auteur, pour illustrer ces propos, fait une référence à la fable du célèbre aventurier anglais Robinson Crusoé. N'ayant concurrence avec personne pendant 28 ans sur une île déserte, Robinson ne possède aucun droit subjectif. En revanche, en présence des relations entre individus, ses intérêts et ses besoins se transformeront en des droits. Ainsi, selon l'auteur, les conditions d'altérité s'induisent des droits subjectifs. Il est donc essentiel, dans ces conditions, que le droit subjectif s'impose au respect de tout le monde — *inviolabilité* — et doit être sanctionné par une action en justice en cas d'atteinte — *exigibilité* —. GINOSSAR quant à lui, élabore un système rationnel des droits patrimoniaux dans lequel toutes les prérogatives individuelles ont le même ordonnancement juridique et les droits personnels sont désormais au même rang que les droits réels.

104. La notion de droits subjectifs étant affirmée, qu'en est-il à présent de la protection des prérogatives individuelles ? Ces droits seraient-ils opposables *erga omnes* ? Où faudrait-il les opposer suivant la distinction traditionnelle entre droits absolus — *opposabilité-absolue* — et droits relatifs — *opposabilité-relative* — ? En réalité, c'est sur cette question que la querelle est restée vive. Pour certains auteurs, la scission doit subsister entre droits absolus et droits relatifs. Pour d'autres, tout droit subjectif, quel qu'il soit, est par nature opposable aux tiers. À ce propos, notons qu'ORTOLAN fut l'un des premiers à refuser la distinction entre les droits subjectifs. Pour ce dernier : « (...) parce qu'elles semblent impliquer l'idée que le droit absolu existerait à l'égard de tous, tandis que le droit personnel ou relatif n'existerait qu'à l'égard des personnes passives de ce droit. Tout droit, du moment qu'il existe, existe à l'égard de tous, et doit être protégé, au besoin, contre chacun »¹⁷¹.

105. Quelques années plus tard, on retrouve cette thèse développée dans les travaux de DEMOLOMBE, qui l'explique fort bien : « On ajoute souvent que le droit réel

¹⁷¹ Joseph Louis Elzéar ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, t. 1, éd. 4^{ème}, Joubert, Paris, 1847, n° 68, p. 81 et s. Il précisera également que « il n'y a pas de droit plus absolu l'un que l'autre ; la société entière est toujours garante de tout droit, et la masse de toutes les personnes est toujours obligée de s'abstenir de porter trouble ou obstacle à la jouissance et à l'exercice de tout droit ». S'il conserve les expressions « droit réel » et « droit personnel », c'est parce qu'elles sont « consacrées par l'usage général, [...] quoiqu'elles ne rendent pas complètement l'idée et qu'elles ne soient pas entièrement exactes, puisque tout droit, sans exception, est personnel quant aux sujets qui y figurent, et réel quant à l'objet ».

est absolu, c'est-à-dire qu'il existe à l'égard de tous erga omnes ; et le droit personnel relatif, c'est-à-dire qu'il n'existe qu'à l'égard de celui-là seul qui est obligé personnellement envers le créancier. Il importe, sur ce point, de s'entendre. Veut-on parler de ce devoir général et commun, qui est imposé à tous les membres de la société, de respecter les droits d'autrui ? Sous ce rapport, le droit personnel est aussi absolu que le droit réel. La puissance publique garantit, en effet, à chacun tous les droits qui lui appartiennent, ses droits personnels de créances aussi bien que ses droits réels, de propriété ou autres [...] Lors donc que nous disons que le droit personnel ne peut naître que d'une obligation personnelle, il ne s'agit pas, bien entendu, de cette obligation universelle, en quelque sorte négative, et je dirais presque banale, par laquelle tous les membres de l'État sont tenus de ne pas attenter aux droits d'autrui ; il s'agit d'une obligation spéciale et particulière par laquelle une personne déterminée est tenue envers une autre, obligation qui est constitutive de l'existence même du droit. Et sous ce rapport, il est vrai de dire que le droit personnel est relatif ; car il ne forme la créance que corrélativement à la dette, et il ne rend créancier que vis-à-vis de l'autre, qui seul est constitué débiteur »¹⁷².

106. Il ressort de ces développements un constat intéressant : ORTOLAN et DEMOLOMBE vont assortir les droits personnels d'une autre obligation additionnelle à celle qui est traditionnellement relative aux seules parties. Celle-ci serait absolue et concerne le devoir général d'abstention ou l'obligation de respecter le droit d'autrui. En d'autres termes, l'idée ici est d'opposer deux obligations. D'une part, une obligation spéciale et particulière aux seules parties — *force obligatoire* — et de l'autre, l'obligation universelle, négative et presque banale à l'égard des tiers — *opposabilité* —. C'est sur cette distinction que naîtra dans la doctrine contemporaine la notion de l'opposabilité des droits subjectifs.

107. La nature des droits subjectifs, fondement exclusif de l'opposabilité. On reconnaît désormais aux droits subjectifs, réels et personnels, une obligation contractuelle relative et une opposabilité absolue. Si les droits personnels, dont l'origine est la conclusion d'une convention, ont une opposabilité *erga omnes*, le principe de l'opposabilité du contrat se déduit de l'opposabilité générale des droits subjectifs¹⁷³. On fonde donc l'opposabilité sur la nature de ces droits. Même si la

¹⁷² Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon : traité de la distinction des biens*, t. 9, Durand et Hachette, Paris, 1870, n° 464.

¹⁷³ Jacques GHESTIN, Charles JAMIN, Marc BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, éd. 3^{ème}, L.G.D.J, 2001, n° 681. Les auteurs développent : « Le principe de l'opposabilité du contrat se déduit de l'opposabilité générale des droits subjectifs, il est inexact de dire que le droit de créance ne s'impose qu'au débiteur ».

démarche comporte certaines lacunes¹⁷⁴, il est toutefois logique d’attribuer au droit de créance les mêmes protections que celles garanties au droit de propriété, car, « *les tiers ne peuvent impunément violer le droit du créancier à l’égard de son débiteur [...] tout droit subjectif, quel qu’il soit, engendre ce que la thèse personnaliste appelle “l’obligation universelle”, il n’y a pas de droit qui ne soit opposable à tous* »¹⁷⁵. Il y a dans cette idée une certaine égalité de protection entre tous les droits subjectifs, c’est ce que propose GINOSSAR dans ses travaux. En s’appuyant sur le concept d’opposabilité *erga omnes*, il fournit une démonstration technique de l’existence d’un principe de propriété des créances. GINOSSAR considère en effet que « *la créance est un bien appartenant au créancier et rattaché à son patrimoine propre par l’effet d’un droit de propriété* »¹⁷⁶. C’est grâce donc à l’abstention des tiers par rapport à la chose — *opposabilité* — que la créance devient un objet de propriété. Cette idée de propriété des créances ne doit pas simplement son existence à GINOSSAR, mais elle est déjà fort ancienne. Ainsi, PROUDHON dans son *Traité du domaine de propriété* de 1839 écrivait : « *Le droit de propriété s’applique à toutes choses soit mobilières soit immobilières, soit corporelles soit incorporelles, qui appartiennent aux uns primitivement aux autres. Un droit de créance est un droit de propriété, parce qu’il n’appartient qu’à celui qui en est le créancier* »¹⁷⁷.

108. En réalité, c’est en se basant sur la doctrine classique, plaidant pour une opposabilité *erga omnes* du droit réel et du droit personnel, que GINOSSAR a pu techniquement justifier la propriété des droits de créances. En effet, selon cette doctrine, la notion d’obligation passive universelle de la doctrine personnaliste est lacunaire¹⁷⁸, car le rapport d’obligation est lui aussi opposable aux tiers ; nul n’est admis à venir troubler le lien obligatoire unissant deux personnes et ne peut venir porter atteinte à la prestation attendue par le créancier. Un tiers doit s’abstenir de tout acte venant à perturber ou entraver l’exécution de la prestation objet de la créance au profit du créancier. Cette solution avait été constamment utilisée par la jurisprudence¹⁷⁹. Cependant, on pourrait s’interroger sur le fait d’attribuer au droit de créance une opposabilité *erga omnes* alors que ce dernier est censément un droit

¹⁷⁴ V. Robert WINTGEN, *op. cit.*, p. 124, l’auteur écrit : « *le passage de l’existence d’un droit personnel à sa protection “au besoin contre chacun” reste inexpliqué. Tout comme dans la théorie de l’opposabilité du contrat-fait, l’être se transforme en droit être, sans que l’on sache très bien pourquoi* ».

¹⁷⁵ Jacques GHESTIN, Charles JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 681.

¹⁷⁶ Shalev GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d’un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J, 1960, n° 13, p. 35.

¹⁷⁷ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, t. 1, Dijon, Lagier, 1839, n° 11, p.13.

¹⁷⁸ Pour la doctrine classique cette théorie est trop abstraite et la justification de Planiol recourt à une fiction qui repose sur une confusion entre l’objet du droit et l’opposabilité de ce droit au tiers.

¹⁷⁹ V. en ce sens : Jean FLOUR, Jean-Louis AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, L’acte juridique, éd. 11^{ème}, 2004, n° 17, p.10.

relatif ? GINOSSAR répond à cette question en mettant en exergue l'objectivation du rapport obligatoire et la théorie du double rapport selon laquelle « *coexistant deux rapports distincts, l'un relatif, l'autre absolu, ayant le même sujet actif, mais des sujets passifs différents. Le premier, relatif, le rapport obligatoire constitue la substance même de la créance et il est l'objet d'un second rapport absolu, la propriété, qui en assure simplement la maîtrise au créancier et la protection à l'égard des tiers. Aussi, ce rapport absolu mérite-t-il pleinement le nom de "propriété" : tout créancier est propriétaire de sa créance, il en jouit et en dispose comme un propriétaire le fait de sa chose, et les tiers lui en doivent le respect* »¹⁸⁰.

109. En somme, la créance, même si elle est censée être un engagement du débiteur envers son créancier est opposable *erga omnes*, car le créancier est propriétaire de la créance. En d'autres termes, c'est le droit de propriété sur la créance qui est opposable et non pas la créance elle-même¹⁸¹ ; la propriété est un droit absolu et s'impose *erga omnes*, et si la créance est opposable *erga omnes*, il est certain qu'elle présente un objet de propriété. Autrement dit, c'est par le truchement de l'opposabilité que GINOSSAR arrive au concept de la propriété des créances. Mais, pour le besoin de notre sujet, cette démarche nous paraît insuffisante pour justifier l'opposabilité *erga omnes* des droits personnels et subséquemment les droits subjectifs, car le développement de GINOSSAR suppose que la notion d'opposabilité *erga omnes* du droit de créance soit acquise d'avance pour justifier sa protection *absolue* contre les agissements des tiers. En effet, c'est en démontrant l'existence d'une opposabilité *erga omnes* des créances que l'égalité entre les droits subjectifs peut surgir à travers le prisme de la propriété, ce qui l'élimine en tant que justification directe de l'opposabilité des droits subjectifs.

110. En définitive, il est certain que tout droit subjectif nécessite protection, mais on verra dans un autre développement que cette démarche prédispose d'une diversité de moyens assurant cette protection. Il nous est également impossible de définir le degré d'opposabilité des contrats et des droits qui en sont issus du fait de l'ambivalence des solutions sur le statut du droit personnel au sein des droits subjectifs. Ce qui nous projette toutefois sur la seconde justification de l'opposabilité fondée sur la force obligatoire du contrat.

¹⁸⁰ Shalev GINOSSAR, *op. cit.*, n° 34, p.85 et s.

¹⁸¹ GINOSSAR rajoute : « *de même dans la propriété de la créance, c'est naturellement la créance qui forme l'élément substantiel, quitte à le compléter au moyen du second lien de droit — la propriété — qui vient à l'instant le rendre opposable à tous* ».

- ii. L'opposabilité justifiée par la force obligatoire

111. Un mécanisme supplémentaire à l'efficacité du contrat. Qu'attendent les parties d'un contrat ? Certainement, la création consentie d'obligations. En vertu de leurs accords et des dispositions valablement conclues, les parties seraient soumises à une norme qui leur tient lieu de loi¹⁸² faisant ainsi partie intégrante de l'ordonnement juridique. Mais pour intégrer l'ordre juridique, le contrat doit non seulement être effectif, c'est-à-dire atteindre un certain degré de réalisation, mais aussi être efficace. L'efficacité du contrat peut être présentée comme un « *mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* »¹⁸³. Elle réside donc dans « *l'accomplissement d'une attente* »¹⁸⁴. La notion d'efficacité est susceptible de deux approches. La première est juridique, elle renvoie au respect de toutes les règles de nature à produire les effets voulus par l'ensemble des parties. La seconde est économique et concerne le résultat voulu et attendu par ces mêmes parties. En ce sens, le défaut de validité du contrat ou d'exécution des obligations qui en découlent par l'une des parties, compromet l'efficacité du contrat. Cependant, l'approche juridique de l'efficacité est insuffisante, si elle n'intègre pas l'opposabilité comme moyen et mécanisme supplémentaires à son accomplissement.

112. En effet, certains auteurs ont attribué à l'opposabilité le rôle d'instrument au service de la force obligatoire du contrat¹⁸⁵. Pour GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, la théorie de WEILL, justifiant l'opposabilité du contrat comme fait social, ne suffisait pas pour expliquer tous les effets du contrat à l'égard des tiers. Bien que « *l'opposabilité est un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers, car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties* »¹⁸⁶, le contrat ne saurait atteindre pleinement son efficacité si l'on n'accompagne pas sa force obligatoire par le principe de l'opposabilité qui s'en déduit automatiquement : « [...] *l'opposabilité du contrat est formellement inconnue du Code civil [...], mais elle se déduit du principe même de la force obligatoire du contrat, puisqu'en modifiant valablement la composition des patrimoines des*

¹⁸² L'article 1103 du Code civil stipule que : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

¹⁸³ André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, éd. 2^{ème}, L.G.D.J, 2018, v. efficacité.

¹⁸⁴ Manuella BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, thèse de doctorat, droit, préf. Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER et Vincent BRÉMOND, L.G.D.J, 2006, n° 7.

¹⁸⁵ Marc BILLIAU, *Le contrat : Effets, Le principe de l'effet relatif des contrats*, in, droit des obligations, dir. Jacques GHESTIN, JCP G 1992, I, 3570.

¹⁸⁶ Jacques GHESTIN, Charles JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 724, p. 766.

parties, le contrat ne peut être rationnellement dépourvu de conséquences sur la situation des tiers qui ne peuvent donc l'ignorer et doivent ainsi en subir certains de ses effets, à leur profit ou préjudice »¹⁸⁷.

113. Ainsi, le contrat est pourvu d'une double efficacité. La première est en son sein et concerne les parties — *la force obligatoire* —. La seconde est extérieure au contrat et concerne les tiers — *l'opposabilité* —. Toutefois, selon ces auteurs, ce fondement de l'opposabilité ne vaut pas seulement par les parties aux tiers, mais également par les tiers aux parties. En revanche, l'opposabilité par les tiers aux tiers qui est une simple opposabilité probatoire ne se rattacherait pas au principe de la force obligatoire du contrat¹⁸⁸. Ainsi s'explique, par exemple, l'opposabilité de la cession de créances aux tiers débiteurs ou l'opposabilité du contrat translatif de propriété. Cependant, ces auteurs attachent à la portée de l'opposabilité comme complément nécessaire de la force obligatoire du contrat, la nature et l'étendue des obligations valablement nées de ce contrat¹⁸⁹. En effet, les parties ne peuvent étendre les effets du contrat si la force obligatoire est entachée d'une invalidité. En d'autres mots, c'est en admettant la validité de la force obligatoire du contrat que l'extension de celui-ci peut être justifiée.

114. Critiques. Selon certains auteurs, l'approche de l'opposabilité à travers le prisme de la force obligatoire s'avère insuffisante. Selon une critique sur laquelle nous reviendrons plus tard, M. WINTGEN disait de cette théorie qu'elle confond les conséquences de l'opposabilité du contrat comme fait et l'opposabilité normative. L'auteur admet le fait que l'efficacité du contrat dépende dans une large mesure de son opposabilité aux tiers, exemple des contrats translatifs de propriété, mais ce constat est techniquement insuffisant pour fonder l'opposabilité sur la force obligatoire du contrat. Il reprend en effet, l'exemple donné par GHESTIN, JAMIN et BILLIAU de l'impossibilité pour un juge d'ignorer l'existence du contrat : « à ce titre, il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de souligner que le juge est précisément un tiers et que refuser la notion d'opposabilité conduirait nécessairement à l'autoriser à nier l'existence même du

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ Jacques GHESTIN, Charles JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 725, p. 768.

¹⁸⁹ *Ibid.*, n° 724, p. 766. Les auteurs expliquent que : « si l'on se place du point de vue des parties vis-à-vis des tiers, l'opposabilité est destinée à faire produire au contrat tous ses effets, mais rien que ses effets. On doit alors en déduire que l'opposabilité ne peut avoir pour effet d'investir les parties à l'égard des tiers de droits autres que ceux qu'ils ont pu valablement stipuler entre eux. Autrement dit, l'opposabilité ne peut investir les parties contractantes d'un droit absolu si leur contrat a pour objet un simple droit personnel qui n'est qu'un droit relatif. Toujours dans le même ordre d'idées, l'opposabilité peut avoir pour effet d'étendre à des tiers certains effets obligatoires du contrat, mais seulement dans la mesure où cette extension est justifiée par le respect du principe de la force obligatoire du contrat [...]. Ces constatations permettent ainsi de soutenir que la portée du principe d'opposabilité du contrat dépend alors de la nature et de l'étendue des obligations valablement nées de ce dernier ».

contrat, en conséquence à affranchir les parties du strict respect de leur convention. L'opposabilité s'impose donc au juge, tenu d'en tirer les conséquences lorsque ses conditions d'application sont réunies »¹⁹⁰. M. WINTGEN avance que ce constat n'est que la transposition de la théorie du contrat-fait de WEILL : « Même si le juge est un tiers au contrat, il doit appliquer la loi et les faits qu'il qualifiera (...) l'opposabilité en tant que fait permet en effet au juge de tenir compte de l'existence du contrat et d'en déduire les conséquences prévues par la loi »¹⁹¹.

115. En somme, il est certain que le contrat gagne en efficacité s'il est opposable aux tiers. L'opposabilité permet d'accroître son utilité, non seulement auprès des parties, mais plus généralement son utilité sociale en tant qu'instrument d'échange économique et d'organisation sociale, conclut M. WINTGEN. C'est donc à travers l'utilité du contrat que les notions de force obligatoire et d'opposabilité apparaissent complémentaires. Toutefois, une autre justification de l'opposabilité par la normativité du contrat a été développée par P. ANCEL, poussée cette fois-ci à son extrême. Il admit que l'effet obligatoire doit purement et simplement être étendu aux tiers.

116. Opposabilité ou « obligatorité » ? Par une contribution dédiée à la Revue trimestrielle de droit civil intitulée « *force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », P. ANCEL débute son analyse par réfuter le fondement de l'opposabilité du contrat-fait de WEILL et de CALASTRENG. Il estime que ce fondement méconnaît la différence substantielle entre les actes et les faits juridiques¹⁹². L'opposabilité, selon lui, est synonyme de force obligatoire¹⁹³.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 768, n° 725.

¹⁹¹ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n°, 160, p.146.

¹⁹² L'auteur, en s'appuyant sur les travaux de Paul AMSELEK sur l'acte juridique dans la pensée de Charles EISENMANN, souligne que : « à la différence du contrat, qui pose des règles, un fait juridique n'est pas en soi créateur de nouvelles normes, il ne fait que déclencher l'application de la situation particulière, d'une norme préexistante », in, Pascal ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ, 1999, n° 52, p.771.

¹⁹³ *Ibid.*, n° 53 : « Pour notre part, nous n'hésiterions pas à aller plus loin et à écrire que le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité. L'affirmation n'apparaît incongrue qu'en raison de la confusion habituellement faite entre la force obligatoire du contrat et son contenu — la création d'obligations, le transfert de droits, etc. — . Il est entendu que le contenu de la norme contractuelle ne concerne directement que les parties elles-mêmes, et que, d'une manière générale, le droit n'habilite les contractants privés qu'à poser des normes qui créent des droits et des obligations pour eux-mêmes. Cela vaut au premier chef pour le contenu obligationnel : la norme contractuelle ne rend en principe créancier ou débiteur que les contractants. Mais cela vaut aussi pour les autres effets prévus par le contrat : une vente ne rend propriétaire que l'acheteur, une clause attributive de compétence ne rend compétent le tribunal désigné qu'à l'égard des parties. Mais ces normes qui, en raison de leur origine privée, n'ont en principe qu'un effet personnel limité, n'en sont pas moins, en ce qu'elles procèdent d'une habilitation légale, obligatoires pour tout le monde. La norme qui dit, qui "statue" que tel contractant devient débiteur, que telle personne devient propriétaire, que tel tribunal est compétent pour régler les litiges entre tels contractants... cette norme s'impose à tout le monde, et tout sujet de droit est tenu de la respecter. En d'autres termes si l'obligationnel, dans le contrat, ne concerne en principe que les parties, l'obligatorité, elle est nécessairement générale ».

117. Toutefois, pour atteindre cette solution, certains paramètres doivent être ajustés. D'abord, il est nécessaire de procéder à une opposition totale entre fait et acte juridique. L'acte juridique, comme l'entendrait P. ANCEL, serait un acte de langage ou de comportement *institué par le droit* en vertu duquel une ou plusieurs personnes exercent la compétence qui leur est reconnue, d'établir soit une prescription à *caractère normatif*, soit une situation appelant le jeu d'un régime juridique¹⁹⁴. L'acte juridique ne peut donc tirer son caractère normatif, sans l'habilitation par une norme supérieure à savoir la loi. En conséquence, si le contrat tire son caractère normatif de la loi, cela ne veut pas dire que le respect de ce caractère par autrui est une chose acquise et obligatoire pour tout le monde. Cette même règle normative, peut étendre comme limiter l'effet obligatoire du contrat. L'analogie de la propriété est, dans ce cas de figure, très convaincante. En effet, l'effet obligatoire du contrat d'acquisition est relatif, cependant, je dois disposer de mon droit de jouissance de la chose acquise de la manière la plus absolue, pourvu que je n'en fasse pas un usage prohibé. Ce contrat, si je le souhaite, déterminera la date, et les modalités du transfert de propriété¹⁹⁵, mais il n'est pas obligatoire pour les tiers. Aussi, si l'on devait admettre cette solution, il faudrait en outre admettre que les normes contractuelles ne concernent et ne créent de droits et d'obligations que et pour les parties contractantes. Ce qui est faux, car il est fort probable de créer des normes contractuelles qui concernent directement des tiers. À titre d'exemple, reprendre à son compte la dette d'autrui ou conclure un contrat de réparation d'une toiture endommagée au profit d'un voisin absent sans que ce dernier ne donne son consentement, etc.

118. En définitive, étendre la force obligatoire à des tiers est pour certains auteurs une atteinte au principe de l'effet relatif des contrats, car selon le sens de l'article 1199 du Code civil, seules des dispositions légales particulières peuvent habiliter les parties à imposer aux tiers certaines conséquences de leur accord. Il est vrai que l'effet obligatoire du contrat entre les parties et l'effet du contrat à l'égard des tiers peuvent parfois, en présence de ces règles, se confondre et que ces effets, lorsque la loi les prévoit, peuvent modifier la situation juridique des tiers, ce qui peut éventuellement s'apparenter à une soumission des tiers à la force obligatoire du contrat. Néanmoins, on ne pourrait dire que les effets du contrat à l'égard des tiers sont déduits de la force obligatoire du contrat. Nous avons vu jusqu'à présent,

¹⁹⁴ Paul AMSELEK, « L'acte juridique dans la pensée de Charles EISENMANN », Archives de philosophie, t. 32, 1987, p. 305.

¹⁹⁵ Pascal ANCEL, *op. cit.*, n° 52, p. 771

comment les auteurs ont essayé de trouver à la notion d'opposabilité, à travers les actes juridiques, une justification qui pourrait l'élever au rang de principe. Certains ont trouvé dans le caractère social du contrat un fondement rationnel pour justifier son opposabilité à l'égard des tiers. Bien que le contrat soit un formidable instrument d'échange économique et d'organisation, son utilité sociale ne peut à elle seule expliquer tous ses effets à l'égard des tiers. Pour d'autres, en revanche, c'est dans la normativité du contrat que l'opposabilité trouve son véritable fondement. Ceci étant dit, d'autres développements semblables ont également eu lieu concernant la justification de l'opposabilité à travers les actes juridictionnels.

c. *L'opposabilité justifiée par les actes juridictionnels*

119. L'opposabilité du jugement-événement. Alors que les actes juridiques œuvrent à créer, grâce à la volonté des parties, une opération juridique, les actes juridictionnels se greffent à une situation litigieuse qu'ils ont pour but de résoudre¹⁹⁶ ; le premier est le fruit d'un accord, le second est le résultat d'un conflit. Dès lors, une question se pose, le résultat de ce conflit qui en apparence n'intéresserait que les parties au litige, serait-il opposable aux tiers ? En d'autres termes, l'acte juridictionnel peut-il rayonner en dehors du cercle réservé aux seules parties au procès ? En matière judiciaire, l'acte juridictionnel, comme pour l'acte conventionnel, crée entre les parties une situation juridique. Celle-ci a pour principale caractéristique la relativité ; il y a relativité contractuelle entre les parties au contrat et relativité de la chose jugée entre les parties à l'instance. Autorité relative de la chose jugée et effet relatif du contrat traduisent donc exactement la même idée, à savoir qu'on est en présence d'une situation dans laquelle ne sont concernés que les principaux intéressés que sont les parties. Cette situation de relativité est garantie par le principe du contradictoire en matière procédurale et le rôle de la volonté en matière contractuelle. Ceci étant dit, la nouvelle situation juridique, créée par le contrat ou par le jugement, participe à la modification de l'agencement des éléments de la vie juridique et objectivement cette modification doit être reconnue et respectée par tous.

120. Lorsqu'on cherche à déterminer l'adhésion de la doctrine à la notion de l'opposabilité de la chose jugée, force est de constater que celle-ci est très partielle. En

¹⁹⁶ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 74, p.101.

effet, deux constats se démarquent. Le premier consiste à dire que si les actes privés bénéficient d'une opposabilité à l'égard des tiers, alors qu'ils sont l'œuvre de personnes privées, comment ne pas admettre cette qualité pour des actes issus de la puissance publique, dont les auteurs sont des magistrats. Aussi, si l'efficacité du contrat est renforcée par son opposabilité, celle-ci doit être nécessaire au jugement. Le second constat, en revanche, rétorque cette extension et affirme que le principe du contradictoire ne se voit pas imposer les effets d'un jugement à des personnes tierces à l'instance et aux débats auxquels elles n'ont pas participé. Ces deux points de vue, aussi bien paradoxaux que légitimes, ne sont que la conséquence d'un amalgame entre deux notions pourtant bien distinctes. Nous avons vu auparavant que le principe de la relativité des contrats a été expressément formulé dès 1804 à l'article 1165 du Code civil. Aussi, les rédacteurs avaient consacré au principe de la relativité des jugements l'article 1351 du même Code.

121. Cependant et uniquement en matière de jugement, le législateur dès 1972 avait formulé, dans des cas spécifiques, la règle de l'opposabilité. Par exemple, on peut lire dans l'ancien article 311-10 du Code civil résultant de la loi du 3 janvier 1972, devenu article 324 du Code civil : « *Les jugements rendus en matière de filiation sont opposables aux personnes qui n'y ont point été parties. Celles-ci ont le droit d'y former une tierce opposition dans le délai mentionné à l'article 321 si l'action leur était ouverte* ». D'autres exemples confirment la même tendance à savoir l'opposabilité des jugements¹⁹⁷. Ceci étant, comme pour les actes conventionnels, on a pu déduire qu'il existait deux sortes d'autorité de la chose jugée. L'une est relative et demeure le principe, l'autre est absolue et serait l'exception. En réalité, la prétendue autorité absolue de la chose jugée n'exclut pas l'autorité relative. En effet, tout jugement ne produit des effets qu'entre les parties ; mais tout jugement est aussi opposable aux tiers : l'autorité absolue n'existe pas et elle n'a d'autre signification que l'opposabilité aux tiers. Ainsi, on peut par exemple dissocier entre le jugement qui a pour but la sanction, celui-ci est relatif aux parties, et l'avènement de ce jugement dans un milieu juridique modifiant l'ordre juridique et dont le respect doit être observé par tous.

122. De toute évidence, il n'y a pas de doute sur l'affirmation d'une opposabilité aux tiers des contrats et des jugements. Cependant, comme nous l'avons

¹⁹⁷ On retrouve par exemple qu'en matière de nationalité, l'article 29 alinéa 5 du Code civil dispose : « *Les jugements et arrêts rendus en matière de nationalité française par le juge de droit commun ont effet même à l'égard de ceux qui n'y ont été ni parties, ni représentés. Tout intéressé est recevable cependant à les attaquer par la tierce opposition à la condition de mettre en cause le procureur de la République* ».

évoqué précédemment, pour justifier le rayonnement des actes conventionnels, la doctrine essaya de trouver tantôt dans le caractère social du contrat et tantôt dans son effet obligatoire une justification à son opposabilité. Ainsi, pourrions-nous transposer ces mêmes solutions aux actes juridictionnels? En réalité, on peut trouver dans l'affirmation selon laquelle l'opposabilité du contrat est justifiée en tant que fait social, un corollaire à l'idée d'une opposabilité du jugement comme événement modifiant le milieu juridique. Car comme pour les conventions, la multiplication des flux et des échanges entre les hommes greffe parfois leurs accords de situations litigieuses dont l'ultime issue serait la sentence ou le jugement. On le sait, l'opposabilité des conventions en tant que fait est attribuée classiquement à WEILL et à CALASTRENG, mais l'idée d'une théorisation de l'opposabilité de l'acte juridictionnel en tant que fait social est plus difficilement attribuable à un auteur particulier. Toutefois, en 1947, MALBEC présenta la théorie sous un aspect un peu plus critique. Mais le mérite de la systématisation de l'opposabilité des jugements en tant que fait social est accordé à FOYER¹⁹⁸ à travers sa thèse de doctorat en 1954 ou plus tardivement à travers ses travaux parlementaires.

123. De l'autorité de la chose jugée. Pour appréhender la théorie de FOYER et ainsi mobiliser la notion d'opposabilité des actes juridictionnels, il est dès l'abord impératif de définir certaines terminologies telles que l'autorité relative et l'autorité absolue de la chose jugée ou encore jugement déclaratif et jugement constitutif de droit. S'agissant de la relativité de l'autorité de la chose jugée, elle est, en effet, l'une des difficultés, spécifiques à l'opposabilité, en matière juridictionnelle. Jusqu'au milieu de ce siècle, la relativité de l'autorité a été perçue comme un empêchement dirimant à l'opposabilité de la décision judiciaire¹⁹⁹ à l'image de l'article 1165 pour les conventions.

124. Par autorité relative de la chose jugée, on entend un effet de jugement *inter partes* qui ne peut ni nuire ni profiter aux tiers, car l'autorité relative s'attache au jugement dès son prononcé relativement à la contestation qu'il tranche. Se définissant essentiellement par des effets négatifs résultant de l'article 1355 du Code civil²⁰⁰, elle est celle qui dessaisit le juge, lui interdisant de trancher à nouveau le litige, et

¹⁹⁸ Jean FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile : Essai d'une définition*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1954, p. VIII.

¹⁹⁹ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 79, p.107.

²⁰⁰ Cet article expose que : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

s'impose aux parties, lesquelles ne peuvent, sauf ouverture d'une voie de recours, faire trancher à nouveau la contestation. Toutefois, l'autorité relative comprend également un effet positif qui correspond à la présomption légale de vérité reconnue par le jugement à l'une des parties et qui ne peut plus être discuté. En revanche, l'autorité absolue ou force de chose jugée définie à l'article 500 du CPC²⁰¹, vise un effet *erga omnes* et s'attache au jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution ou qui n'est plus susceptible de ce recours si les délais pour l'exercer étant expirés²⁰². Il est tout à fait logique de n'opposer définitivement un jugement que lorsque celui-ci devient absolu. On pourrait s'attendre effectivement à ce que l'autorité relative soit dotée d'une opposabilité *suspendue* jusqu'à ce que le jugement devienne exécutoire. Or, selon une très grande majorité de la doctrine, la relativité de l'autorité de la chose jugée ne fait nullement échec à l'opposabilité, car « *relativité et opposabilité, loin d'être contradictoires et inconciliables, sont deux aspects d'une même réalité qui se complètent remarquablement en raison de leur sphère d'application différente : l'une concerne les parties, l'autre concerne les tiers, ce qui permet de délimiter très exactement le rayonnement d'une situation juridique quant aux personnes* »²⁰³.

125. Dans ses travaux sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, Jean Foyer voit dans la distinction entre les jugements déclaratifs et constitutifs une ébauche à l'étude de l'opposabilité des actes juridictionnels. Pour ainsi résumer leur définition, les jugements déclaratifs se limitent à reconnaître des droits préexistants. Dans ce cas, la décision ne fait que constater un état de fait qui lui préexiste et auquel il convient de restaurer toute sa portée juridique. Tandis que les jugements constitutifs participent pleinement²⁰⁴ à la création d'un droit nouveau. Pour illustrer, lorsque le jugement rendu concerne une prétention découlant d'une obligation contractuelle, celui-ci est déclaratif, car l'obligation contractuelle préexiste au jugement. En revanche, lorsqu'un jugement porte sur un divorce ou l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, le juge se trouve à l'initiative d'une

²⁰¹ Selon lequel : « à force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif de d'exécution. Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai ».

²⁰² Il faut toutefois noter que la force de chose jugée ne suffit pas, et qu'il faut également une signification du jugement pour qu'il acquière force exécutoire. Dans un arrêt de la Cour de cassation, chambre mixte du 16 décembre 2005 pourvoi n° 03-12206, il est dit que « la force de chose jugée attachée à une décision judiciaire dès son prononcé ne peut avoir pour effet de priver une partie d'un droit tant que cette décision ne lui a pas été notifiée ».

²⁰³ Daniel LANDRAUD, « Une remise en ordre des notions d'autorité relative de la chose jugée et opposabilité en matière de nullité de marques », JCP E, 1986, II, 15 691, p. 322. Dans le même sens, v. Jean VINCÉNT, Serge GUINSHARD, *Procédure civile*, éd. 22^{ème}, Dalloz, 1991, p. 170 et s., n° 182, cité par : Corinne BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Jacques HÉRON, préf. Pierre MAYER, L.G.D.J, 2000, p.362.

²⁰⁴ V. en ce sens : Léon MAZEAUD, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », RTD civ. 1929, pp. 17-56 ; Loïc CADIET, *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

nouvelle situation juridique et ainsi créateur de nouveaux droits. Il est donc clair que l'intérêt d'une telle distinction est de dissocier entre deux temporalités différentes. En effet, lorsqu'un jugement déclaratif est prononcé, celui-ci a une action rétroactive, c'est-à-dire, que le bien-fondé de l'obligation litigieuse prend naissance avec le contrat et non pas le jugement. Alors qu'en cas de jugement constitutif, le droit trouve sa source dans l'acte juridictionnel. Ainsi, c'est en prononçant le divorce que les époux voient leur lien matrimonial dissout.

126. En revanche, s'agissant de leur opposabilité, il est classique de considérer que le jugement déclaratif de droit n'a pas la même incidence sur l'ordonnement juridique que le jugement constitutif de droit. En effet, pour FOYER, les jugements « *peuvent produire effets à l'égard des tiers, indépendamment de leur nature constitutive, mais cette efficacité est plus ou moins apparente, selon la nature du droit, de l'acte ou de la situation sur lequel le juge a prononcé* »²⁰⁵. Aussi, « *les jugements considérés comme déclaratifs produisent des effets opposables erga omnes* »²⁰⁶. Mais, cette distinction, attribuée à MERLIN, était très critiquée²⁰⁷ et notamment par ESMEIN. En effet, pour ce dernier, la distinction ne reflète pas la réalité, car si c'était le cas, on n'aurait pas attribué l'autorité absolue aux jugements dits constitutifs et, en premier lieu, aux jugements en matière d'état et de capacité. Il ne suffit pas d'attribuer aux jugements constitutifs, « *d'une part, leur caractère de puissance publique, et de l'autre, leur analogie avec certains actes de juridiction gracieuse, pour que l'on justifie leurs effets à l'égard de tous* »²⁰⁸. Aussi, « *l'idée de pouvoir de commandement du juge, d'acte de puissance publique, est inutile pour expliquer l'opposabilité à tous du changement d'état [...]. Elle s'explique par la nature même de l'état et de la capacité* »²⁰⁹.

127. L'opposabilité, aspect de l'efficacité substantielle des jugements. Selon une définition, « *l'effet substantiel d'un jugement est la modification de la situation de droit substantiel des parties qu'il provoque* »²¹⁰. Puisque tout jugement, qu'il soit déclaratif ou constitutif, participe à la modification des droits des parties²¹¹, l'efficacité

²⁰⁵ Jean FOYER, *op. cit.*, p. 158.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 156.

²⁰⁷ L'un des premiers auteurs qui se sont efforcés de démontrer que tous les jugements sont déclaratifs de droits était Henri MONTAGNE. V. en ce sens le même auteur : *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, thèse de doctorat, droit, Limoges, 1912, pp. 115 et 122.

²⁰⁸ Paul ESMEIN, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, thèse de doctorat, droit, Paris, Recueil Sirey, 1914, p. 13.

²⁰⁹ *Ibid.*, p.15.

²¹⁰ Jacques HERON, Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, éd. 3^{ème}, Montchrestien, 2006, n° 324.

²¹¹ En ce sens, Cédric BOUTY, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, thèse de doctorat, droit, préf. Jean-Louis BERGEL, PUAM, 2008, n° 602. L'auteur précise que : « *L'effet substantiel se décompose en un effet constitutif et un effet novateur. Un effet constitutif, car tout jugement porteur d'effets substantiels modifie les droits des parties même si, selon l'analyse classique, ce jugement est déclaratif en ce qu'il se borne à reconnaître l'existence d'un droit préexistant. Cette*

substantielle se manifeste comme « l'essence du jugement. Elle est le droit au sein de la décision de justice »²¹². Au même titre que l'efficacité des actes conventionnels, l'acte juridictionnel se caractérise essentiellement par une force obligatoire entre les parties. Cette force obligatoire, qu'il ne faut pas confondre avec la force exécutoire, constitue le support de celle-ci et ne se limite pas au jugement *inter partes*, mais le dépasse et devient opposable aux tiers. C'est ce que Mme BLERY appelle « obligatorité du jugement »²¹³ et rajoute également que : « À l'égard des tiers, il n'y a pas d'obligatorité du jugement : à la place, il y a l'opposabilité. En d'autres termes, dans son cercle générateur, l'effet du jugement s'écrit : concrétisation + opposabilité, c'est l'efficacité substantielle ou procédure directe ; hors de son cercle générateur, l'effet du jugement s'écrit : concrétisation + opposabilité, c'est l'efficacité substantielle ou procédure indirecte »²¹⁴.

128. En somme, l'opposabilité des actes juridictionnels se justifie également à travers l'efficacité substantielle des jugements. Dans un système juridique où tout est interdépendant, y compris à l'échelle des droits subjectifs, la modification des droits substantiels des parties n'est pas sans répercussion au-delà de leur sphère juridique. L'acte juridictionnel ou conventionnel « rayonne hors de son cercle générateur »²¹⁵, les tiers doivent donc en tenir compte et « s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte »²¹⁶.

2. Critique de l'approche classique

129. Les différentes théories de l'approche classique justifiant l'opposabilité ont été sévèrement critiquées. Nous présenterons, d'une part, la thèse critique de Robert WINTGEN (a) et d'autre part l'approche de Frédéric DANOS (b).

a. La thèse critique de Robert WINTGEN

fonction constitutive des jugements même déclaratifs, c'est précisément l'efficacité substantielle. Le jugement est forcément doté d'une part de "constitutivité", car il réalise la concrétisation du droit invoqué qui, jusque-là, ne parvenait à s'exercer pleinement du fait de la résistance de l'autre partie. Un effet novateur, ensuite, car à la règle, se trouve substituée une décision. Le jugement — ordre concret — prend le relais de la loi — ordre abstrait ».

²¹² Corinne BLERY, *op. cit.*, p.368.

²¹³ *Ibid.*, p. 108 et s.

²¹⁴ *Ibid.*, p.362.

²¹⁵ José DUCLOS, *op. cit.*, p.22 et s.

²¹⁶ *Id.*

130. La relativité des conventions n'existe pas en droit romain. Dans sa thèse de doctorat, M. WINTGEN s'interroge essentiellement sur la solidité de la justification des fondements des effets du contrat à l'égard des tiers. Il démontre que la notion d'opposabilité ne peut être un principe qui *justifie* ou *explique* les effets non-obligatoires du contrat à l'égard des tiers²¹⁷. Pour y parvenir, l'auteur procède, en premier lieu, par une étude de la portée du principe de l'effet relatif des conventions, car elle constitue le point de départ de son étude²¹⁸, puisque l'opposabilité n'a été dégagée par la doctrine que pour démontrer la portée restreinte de l'article 1165 du Code civil.

131. En remontant aux origines historiques de la notion, l'auteur est convaincu que le principe de la relativité des conventions n'existe pas en droit romain. L'adage « *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* », tant brandi pour trouver une origine romaine au principe de la relativité²¹⁹, s'avère vraisemblablement l'œuvre des commentateurs du Code civil²²⁰. Alors que WEILL et CALASTRENG pensaient que l'adage a bien existé à Rome, car il ressemble à de nombreux passages de Pandectes, M. WINTGEN rétorque cette idée en disant que ce n'est pas parce que l'adage ressemble à des formules trouvées dans les codifications justiniennes, à l'image du titre 15 du Livre 7 du Code Justinien : « *res inter alios actas vel judicatas aliis non nocere* »²²¹, que son fondement est forcément romain. Il ajoute également que certains passages du Digeste peuvent effectivement exprimer l'idée d'effets positifs ou négatifs à l'égard des tiers²²², mais cela ne peut lui attribuer l'allure d'un principe général²²³. Aussi, il ne suffit pas de rattacher au principe de l'effet relatif des idées pouvant effectivement trouver souche dans le droit romain, telle que « *le contrat ne doit pas nuire aux tiers* » ou « *on ne peut stipuler en faveur d'un tiers* » que cela permet d'affirmer que le principe ait existé à Rome²²⁴.

132. Critique de l'approche historique de M. WINTGEN. L'auteur a certainement raison sur plusieurs points, en revanche, sa démonstration reste prudemment déductive. Il est vrai que l'adage *res inter alios acta aliis nec nocet nec*

²¹⁷ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 3, p. 3.

²¹⁸ Nous avons dit précédemment que le point de départ de l'étude de l'opposabilité se fait par le prisme de la relativité. La démarche n'est pas seulement propre à Robert WINTGEN, tous les auteurs ayant travaillé sur la question empruntent le cheminement.

²¹⁹ V. Par exemple, Etienne BARTIN, *op. cit.*, p. 5 ; Florentin DEBRAND, *op. cit.*, n° 18, p 22 ; Alex WEILL, *op. cit.*, n° 17 ; Simone CALASTRENG, *op. cit.*, p.5.

²²⁰ *Ibid.*, p. VI

²²¹ « Ce qui est fait ou jugé entre les uns ne peut ni nuire ni profiter à autrui »

²²² Il est stipulé par exemple au titre 14 du Livre 2 : « *Cum possessor alienae hereditatis pactus est, heredi, si evicerit, neque nocere neque prodesse plerique putant* » ou encore « *non deberet alii nocere, quod inter alios factum esset* ».

²²³ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 12, p. 12.

²²⁴ *Id.*

prodest ne se trouve dans aucun texte du *Corpus iuris civilis*. Néanmoins, l'idée d'une restriction des effets négatifs ou positifs d'une convention à la seule sphère des contractants, provient certainement des Romains. Car il suffit de se référer à certains passages du Corpus pour se rendre compte que le principe est, au contraire, le sens même du contrat en droit romain. En effet, si les Romains ont théorisé le contrat²²⁵ en un principe consensuel²²⁶, c'est pour restreindre le champ des volontés aux seuls individus ayant pris parti. Peu importe la forme ou la nature des droits subjectifs qu'il crée. Mieux encore, les Romains s'intéressaient aux effets du contrat en dehors du champ contractuel. C'est le cas du prêteur romain qui ne poursuivait pas le mari pour les obligations contractées par sa femme, car « *certissimum est, ex alterius contractu neminem obligari* »²²⁷ ou encore, « *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri* »²²⁸.

133. On peut éventuellement reprocher à M. WINTGEN de limiter son étude à l'examen historique de la maxime *res inter alios acta* et à ses origines pour ensuite en déduire des anachronismes. Cette démarche peut être réfutée dans la mesure où d'autres formules expriment, avec plus de force, le principe de l'effet relatif et qui sont explicitement formulées aux Pandectes. Aussi, comment se fait-il que l'auteur affirme qu'« *il n'existe, en droit romain, aucun principe de la relativité des conventions* »²²⁹, pour ensuite dire que ce principe connaît néanmoins quelques exceptions de taille²³⁰ ? En d'autres termes, selon l'auteur, les Romains ne connaissaient aucun principe de relativité, pourtant, ils lui exceptaient certaines règles. Cette ambivalence renforce l'idée que l'origine de la maxime est sérieusement douteuse et on ne peut trancher réellement sur sa provenance.

134. Encore n'est-il pas aberrant d'imaginer les rédacteurs du Code civil, se limiter à l'adage pour ensuite le retranscrire à l'article 1165 du Code civil sans même être inspirés des autres sources de droit romain qu'elles soient écrites ou non écrites. À titre de comparaison, la maxime « *res inter alios iudicata aliis nec nocet nec prodest* » n'existe pas non plus dans les textes, pourtant le droit romain, en matière d'actions procédurales, sanctifie le principe de la relativité de la *res iudicata*. Il est énoncé dans

²²⁵ Grégoire FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse de doctorat, droit, préf.* Fabrice LEDUC, Paris, Dalloz, 2012, n° 116, p. 6.

²²⁶ Jean COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Thèse de doctorat, Droit, Nancy, 1957, p. 226.

²²⁷ C.4, 12, 3 *Ne uxor pro marito* : « *Il est tout à fait certain que les contrats n'obligent point les tiers* »

²²⁸ Digeste, titre 17.74, livre 50 : « *On ne doit souffrir aucun préjudice du fait d'autrui lorsqu'on n'y a point de part* ».

²²⁹ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 12, p. 12.

²³⁰ *Ibid.*, n° 14, p.13.

un fragment du Digeste que : « *Saepe constitutum est, res inter alios iudicata aliis non praeiudicare* »²³¹. Ce principe signifie que les juges, dans leur fonction d'adjuger le droit, ne peuvent modifier les droits des tiers : c'est le corollaire du principe de l'autorité relative de la chose jugée.

135. Sur un autre plan et concernant les sources, on peut éventuellement trouver dans le procédé de compilation du droit romain, une possible justification de l'absence de la « *res inter alios acta aliis* » du *Corpus iuris civilis*, car depuis le roi Hadrien, la systématisation du droit romain fut laborieuse et fragmentée. Même après la mort de l'empereur Justinien, le *Corpus iuris civilis* n'était toujours pas une œuvre pleinement aboutie²³². Aussi, avec la chute de l'empire, le droit romain devint de plus en plus rudimentaire jusqu'à ce que l'école de Boulogne l'ait fait redécouvrir.

136. Se pose alors la question de l'intérêt, pour l'auteur, d'un tel aperçu historique. En effet, en démontrant le caractère récent du principe de la relativité, M. WINTGEN a pu mettre en perspective que les divers aspects de la question de l'effet du contrat à l'égard des tiers sont traités avec des approches qui divergent dans le temps et dans l'espace, ce qui discrédite en quelque sorte les théories passées sur l'origine romaine de la relativité. On cite à titre d'exemple les travaux de DEDRAND²³³ ou encore de BARTIN²³⁴. Ces travaux ont contribué largement à la systématisation de la notion d'opposabilité²³⁵. Après avoir exposé l'approche historique, l'auteur consacre à la section première du second chapitre les limites de l'opposabilité du contrat-fait de WEILL et de CALASTRENG.

137. **Le refus de la thèse du contrat-fait.** « *La seule existence du contrat en tant que fait est à elle seule insuffisante pour expliquer le moindre effet juridique du contrat à l'égard des tiers. Elle permet au contrat de produire des effets à l'égard des tiers lorsqu'une règle de droit le prévoit, mais en l'absence d'une telle règle, le contrat reste sans effet* »²³⁶. À en croire l'auteur, la théorie du contrat-fait se heurte à une critique quasi insurmontable. Elle ne concerne certainement pas le fait que le contrat existe en tant que fait social, car nul ne peut nier cette réalité, mais de justifier l'opposabilité de celui-ci du simple fait de son existence. Une pareille confusion entre le fait et le droit

²³¹ D. 42.1.63 : « *Il a été souvent décidé par des constitutions, que les jugements obtenus par des parties ne formoient point de préjugé pour d'autres* ».

²³² Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, coll. Paradigme, Larcier, 2015, n° 35.

²³³ Florentin DEBRAND, *thèse préc. citée*.

²³⁴ Étienne BARTIN, *thèse préc. citée*.

²³⁵ Parmi les auteurs qui se sont référés aux notes de DEBRAND et BARTIN, on cite par exemple : Alex WEILL et Simone CLASTREING.

²³⁶ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 90, p.85.

est pour M. WINTGEN une grossièreté²³⁷. Comment peut-on passer de l'être — *sein* — au doit être — *sollen* —, se questionne l'auteur ? C'est en s'appuyant sur cet imbroglio que M. WINTGEN établit qu'un fait existe, mais ne peut s'imposer juridiquement. En effet, les faits ne peuvent acquérir la nature juridique, « *le respect ou l'obligation de ne pas y porter atteinte* » qu'en vertu d'une règle particulière qui la prescrive. En matière contractuelle, c'est en vertu de la force obligatoire, règle particulière, que le contrat s'impose aux parties. Parallèlement, si l'on devait l'opposer, que ce soit aux tiers par les parties ou aux parties par les tiers, d'autres règles particulières conditionneraient son opposabilité. En d'autres termes, c'est la règle de droit qui prévoit l'opposabilité du contrat et non pas le fait en tant que tel. Si les faits s'imposaient en tant que tels, l'enfant devrait refuser de ranger sa chambre, car le désordre s'imposerait à lui comme fait²³⁸ ; une situation qu'aucun parent ne souhaiterait. Ainsi, l'opposabilité du contrat en tant que fait est « *virtuelle* »²³⁹. L'auteur dit à ce propos que : « *Si le contrat est opposable comme un fait, alors cette opposabilité signifie simplement que le contrat et les faits liés à sa formation ou son exécution sont susceptibles d'être pris en compte par les règles qui y attachent des conséquences juridiques* »²⁴⁰. Une affirmation qui dessert le principe de l'opposabilité et fragilise l'efficacité du contrat plus qu'elle ne le sert.

138. L'approche est intéressante, mais il importe tout de même de relever quelques imprécisions. Sur un premier plan, on pourrait éventuellement s'interroger sur ce qui a rendu possible l'existence d'une règle objective, si ce n'est les faits. Si le droit de propriété est doté d'une opposabilité *erga omnes* en vertu de l'article 711 du Code civil, c'est certainement en raison de l'évidence qui a entouré ce droit et les contrats permettant sa transmission comme un fait de société. N'est-il pas judicieux de dire que les faits aient existé avant la règle de droit dont ils sont les présupposés nécessaires²⁴¹ ? Pouvons-nous affirmer que c'est en raison de ces faits, positifs ou négatifs soient-ils, que le législateur a jugé bon de leur consacrer un cadre juridique précis s'imposant à tous ? L'approche est encore plus curieuse lorsque l'auteur admet qu'en matière de responsabilité civile, le contrat peut créer, lors de son exécution ou de son inexécution, un fait dommageable à autrui. Dans ce cas de figure, l'opposabilité peut être justifiée en tant que fait créé par le contrat. Mais il rappelle aussitôt que cette opposabilité n'est toujours possible que lorsque, par exemple, la

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *Ibid.*, n° 96, p.89.

²³⁹ *Ibid.*, n° 90, p.85.

²⁴⁰ *Ibid.*, n° 96, p.90

²⁴¹ V. en ce sens : José DUCLOS, *op. cit.*, n° 14, p.39.

règle de l'article 1240 du Code civil le permet. Est-il toujours pertinent de rappeler que l'existence de la règle qui impose de réparer un dommage causé à autrui est certainement la conséquence d'une multiplication de faits dommageables ayant préexisté la règle ; si le législateur réforme et adapte le droit, c'est parce que la société évolue et les faits avec.

139. En réalité, la thèse de la préexistence des faits par rapport aux droits a été déjà soulevée par DUCLOS, lequel faisant référence à MARTY et RAYNAUD. L'auteur fait une distinction entre les faits *stricto sensu* imposés par la nature et les faits émanant du construit juridique, c'est-à-dire des actes juridiques. L'opposabilité des premiers est naturelle, tandis que pour les seconds, elle est moins évidente parce qu'il y a le principe de la relativité, mais elle devrait également s'imposer par la suite. Toutefois, la thèse de DUCLOS est rapidement rattrapée par une réalité pratique. Par exemple, l'époux séparé officieusement de son conjoint ne peut opposer la séparation de fait aux créanciers pour échapper aux dettes du ménage²⁴², contrairement à une séparation de corps prononcée par le juge. M. WINTGEN soutient à ce propos que la séparation, qui est un fait de la vie des époux, n'acquière la qualité juridique et ne peut être opposable qu'après un jugement constitutif de droit. L'opposabilité dans la première situation est pour DUCLOS une opposabilité virtuelle, alors que dans la seconde elle devient efficiente. M. WINTGEN, à travers cette distinction, craint qu'on puisse brouiller les pistes, car une telle analyse mettrait en cause, par exemple, le principe selon lequel le décès ouvre la succession.

140. En revanche, sur un second plan, l'intervention du législateur pour la consécration d'une règle de droit allant dans le sens d'un prolongement des effets du contrat à l'égard des tiers, est une question de choix politique²⁴³. Si ce dernier est hostile à sa consécration, le système juridique trouverait dans les impératifs de droit objectif une solution à cette éventualité. Le rapprochement peut être fait avec la question des effets des filiations établies à l'étranger des enfants nés sous gestation pour le compte d'autrui. D'ailleurs, on a admis récemment²⁴⁴ que l'acte de naissance, d'un enfant né sous gestation pour autrui et dont l'un des parents est français, délivré par un autre État que l'État français est opposable à l'administration française pour la naturalisation sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, bien que l'alinéa 7 de l'article 16 du Code civil prohibe la pratique de la gestation pour le

²⁴² *Ibid.*, n° 16, p.40.

²⁴³ V. en ce sens : Dima EL RAJAB, *L'opposabilité des droits contractuels : étude de droit comparé français et libanais*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Claude BRENNER, Paris, n° 271, p. 266.

²⁴⁴ Conseil d'État 2^{ème} et 7^{ème} Chambres réunies, 31 juillet 2019, n° 411984, Recueil Lebon.

compte d'autrui. Ainsi, on ne peut dire que le législateur consacre l'opposabilité, car elle existe déjà, mais il la dirige et organise sa mise en œuvre.

141. En définitive, M. WINTGEN est convaincu qu'on ne peut exclusivement justifier l'opposabilité par le contrat-fait, mais on ne peut non plus nier le rôle du contrat en tant que fait pour l'opposer si la règle de droit le prévoit. L'opposabilité du contrat-fait demeure une explication partielle. Raison pour laquelle il admet volontiers que l'opposabilité, contrairement à d'autres principes de droit tels que la force obligatoire ou l'effet relatif, n'est pas une règle de droit, mais un phénomène inhérent au raisonnement juridique. Il souligne que : « *L'opposabilité du contrat comme fait peut ainsi apparaître comme un concept bien décevant et pâle par rapport à une conception plus extensive, permettant de dégager des conséquences juridiques, de donner des réponses concrètes aux nombreuses questions concernant les liens entre le contrat et les tiers* »²⁴⁵.

142. **Le rejet de l'opposabilité comme continuité de la force obligatoire.** À l'instar de l'opposabilité du contrat-fait, l'opposabilité normative n'était pas exemptée de critiques. Pour WINTGEN, l'approche de l'opposabilité comme continuité de la force obligatoire du contrat confond les conséquences de l'opposabilité du contrat comme fait et l'opposabilité normative²⁴⁶. Nous avons dit auparavant que les auteurs qui ont consacré cette théorie déduisaient l'opposabilité de la force obligatoire comme complément nécessaire de l'effet obligatoire du contrat pour accroître son efficacité²⁴⁷. M. WINTGEN ne désapprouve pas ce constat, néanmoins, cela s'avère insuffisant pour fonder techniquement l'opposabilité. Car la force obligatoire est un principe relatif consacré par la règle de droit et si l'effet obligatoire atteint les tiers, c'est parce qu'il est purement un fait. Il indique à ce propos que : « *Même si le juge est un tiers au contrat, il doit appliquer la loi et les faits qu'il qualifiera, le cas échéant, le contrat existe. L'opposabilité du contrat en tant que fait permet en effet au juge de tenir compte de l'existence du contrat et d'en déduire les conséquences prévues par la loi* »²⁴⁸.

143. Le juge est donc tenu par le contrat dont il ne peut ignorer l'existence et doit s'en prévaloir comme source de renseignement afin de rendre son jugement. Mais pouvons-nous assimiler l'opposabilité du contrat au juge, qui est un fait et non un prolongement de la force obligatoire, à celle d'un tiers pas totalement désintéressé

²⁴⁵ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 102, p.94.

²⁴⁶ *Ibid.*, n° 160, p. 145.

²⁴⁷ V. *supra* n° 111 et s.

²⁴⁸ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 160, p.146.

du contrat et qui s'expose à voir l'effet obligationnel l'atteindre indirectement ? Nous verrons dans un second chapitre que le statut du tiers est susceptible d'influer sur la mécanique de l'opposabilité. Brièvement, on peut dire à ce propos que l'exemple est inapproprié, car le juge est un tiers désintéressé économiquement du contrat. Son seul intérêt est de veiller au respect de la loi, contrairement à d'autres tiers ; l'opposabilité endosse un double rôle, elle est probatoire pour les tiers, et aussi un phénomène de précaution pour les parties. En effet, si l'opposabilité existe, c'est parce qu'elle garantit une certaine sécurité aux parties leur évitant d'éventuelles atteintes à leur contrat. Également, elle permet aux tiers, ayant subi un dommage du fait de l'exécution ou de l'inexécution d'un contrat, de pouvoir s'en prévaloir comme élément de preuve pour l'opposer aux parties.

144. Ainsi, l'affirmation selon laquelle l'opposabilité du contrat se déduit nécessairement de la force obligatoire de celui-ci occulte la véritable origine de l'opposabilité du contrat²⁴⁹. En effet, si les parties ont œuvré à la création de leur propre loi, celle-ci ne doit s'appliquer rien qu'à elles seules. En revanche, il est possible de refuser aux parties le pouvoir de modifier l'ordonnement juridique au-delà de l'effet obligatoire du contrat. C'est ce qui ressort par exemple de l'examen de l'opposabilité de la cession de créances et de la cession de dettes. En effet, la cession de créances, sous réserve de l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil, est opposable au débiteur cédé et libère le créancier cédant. Sans cette opposabilité, la cession ne pourrait produire ses effets escomptés à savoir la transmission du droit de créance. De son côté, la cession de dettes parfaite qui tend à libérer totalement le débiteur originaire — cédant — et dans laquelle l'accord du créancier n'est pas requis n'existe pas en droit français. On va ainsi exiger l'accord du créancier ; à défaut de son accord, cette opération ne sera pas libératoire pour le débiteur cédant et serait donc inopposable au créancier. Pourtant, les deux cessions ont le même principe et procèdent du même contrat et les deux génèrent la même force obligatoire qui oblige les parties. Tandis que leur opposabilité est différente. M. WINTGEN explique que : *« Si l'opposabilité se déduisait de la force obligatoire du contrat, ces deux contrats devraient donc produire les mêmes effets à l'égard des tiers. Or, ce n'est pas le cas. Dans le cas de la cession de créances, le débiteur se voit imposer un changement de créancier, alors que les droits d'un créancier ne sont pas affectés*

²⁴⁹ *Id.*

par un contrat visant à transférer la charge de la dette. Cet exemple prouve que l'effet translatif qui relève de l'opposabilité du contrat ne peut pas se déduire de la seule force obligatoire »²⁵⁰.

145. Avec la nouvelle réforme du droit des obligations, le législateur a introduit certains changements qui ne sauraient mettre en cause la démonstration de M. WINTGEN, même si les travaux de ce dernier étaient antérieurs à la réforme. Ces règles concernent l'opposabilité et le devenir du lien juridique, essentiellement l'effet libératoire, entre les différentes parties²⁵¹. Cela dit, l'on constate que l'opposabilité de la cession, quelle qu'elle soit, doit obéir à un certain formalisme. D'une part, une notification pour le débiteur cédé avec effet libératoire ou de l'autre, l'acceptation du créancier cédé avec un effet libératoire conditionné. Aussi, prétendre que l'opposabilité est la continuité extérieure logique de la force obligatoire, revient à affirmer que le principe de la force obligatoire est sur le même piédestal que l'opposabilité. Autrement dit, élever l'opposabilité au rang de principe, une promotion que M. WINTGEN n'y adhère pas.

146. Le refus de l'obligatorité de l'opposabilité. Cette théorie, qui rappelons le, étend directement l'effet obligatoire du contrat aux tiers, se heurte à l'article 1199 du Code civil. Encore une fois, M. WINTGEN est catégorique : la force obligatoire du contrat ne peut justifier l'opposabilité. L'auteur reproche à M. ANCEL sa critique excessive du contrat-fait. En faisant une opposition entre les faits juridiques et les actes juridiques, M. ANCEL a commis la même confusion que les partisans de la théorie du contrat-fait entre l'existence d'un fait (ou acte) et l'obligation de respecter ce fait (ou acte). Selon M. WINTGEN, les actes juridiques désignent des faits juridiques particuliers. Il poursuit en disant que : « *ce n'est pas parce que les normes contractuelles "procèdent d'une habilitation légale" qu'elles sont "obligatoires pour tout le monde". La loi peut limiter l'effet obligatoire du contrat aux parties, et c'est ce qu'elle fait, fort heureusement d'ailleurs. Elle peut aussi déduire du contrat des effets à l'égard des tiers, et elle le fait fréquemment* »²⁵². Il ajoute : « *La volonté contractuelle n'engage pas à l'égard de tous, mais à l'égard du contractant qui fournit la contreprestation et qui peut légitimement compter sur l'exécution. Si la volonté contractuelle engageait à l'égard de tous, à quoi servirait le mécanisme de stipulation pour autrui ? Et pourquoi la responsabilité des parties envers les*

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ Par exemple, le mécanisme de cession de créances. V. *infra* n° 581 et s.

²⁵² Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 165, p.150.

tiers est-elle délictuelle ? parce que le tiers invoque alors l'exécution défectueuse du contrat comme un simple fait — qui est à l'origine de l'accident » répond M. AUBERT »²⁵³.

147. En définitive, si l'on peut déduire que la force contractuelle n'oblige que les parties parce qu'il existe une règle de droit qui la consacre et l'on ne devrait l'opposer que lorsque la loi le prévoit, on appréhenderait l'opposabilité que sous l'angle du contrat et des droits qui en sont issus²⁵⁴. En effet, la critique de Mme SAUTONIE-LAGUIONIE permet de situer le contrat dans son milieu juridique. Avant même qu'il crée de nouveaux droits, le contrat succède à l'ordre juridique dans lequel d'autres droits lui préexistent, notamment ceux des tiers et qui sont opposables. Si le contrat de par son existence a respecté les droits des tiers, ces derniers doivent à leur tour respecter son existence. En d'autres termes, l'opposabilité générale est une technique de conciliation des droits des tiers d'un côté et des parties de l'autre dans un ordre juridique précis. Ainsi, l'opposabilité de tout droit permet la conciliation des intérêts en présence. Elle permet également, si on respecte les conditions de son efficience, d'exclure toute atteinte intolérable à la liberté des tiers par l'existence d'un devoir général de ne pas porter atteinte aux droits opposables. Les propos de Mme SAUTONIE-LAGUIONIE se sont, à maintes reprises, vérifiés notamment lorsqu'il s'agit de réfuter l'opposabilité absolue des droits subjectifs.

148. La critique de l'opposabilité absolue des droits subjectifs. Contrairement aux deux autres théories, l'opposabilité justifiée par les droits subjectifs, combinée avec la théorie du contrat-fait, peut être parfaitement envisagée, car elle attribue le caractère normatif à l'opposabilité. Pour ce faire, faut-il reconnaître aux droits subjectifs un caractère normatif absolu s'imposant à tous ? Une réponse par l'affirmative est loin d'être acquise par tous.

149. L'analyse comparée des systèmes juridiques allemand et français décèle une certaine convergence dans les approches lorsqu'il s'agit de défendre la nécessité d'une protection des droits subjectifs, en revanche, ils divergent quand il s'agit d'attacher à cette protection d'autres effets à l'égard des tiers. En effet, l'opposabilité est fondée, pour les juristes allemands, sur la reconnaissance des droits subjectifs. Cette reconnaissance assure une organisation des protections contre toute atteinte qui peut y être portée par les tiers sans pour autant en tirer des conclusions sur la portée du devoir d'abstention qui pèse sur les tiers. Ainsi, derrière la protection du droit de

²⁵³ *Ibid.*, n° 166, p.152.

²⁵⁴ V. en sens, Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n° 202, p.130.

créance, il y a une question purement de responsabilité délictuelle. À l'opposé des théoriciens français qui complètent cette nécessité de protection en lui rattachant tous les effets du contrat à l'égard des tiers²⁵⁵.

150. S'appuyant sur cette confrontation, M. WINTGEN conclut que la nature des droits subjectifs ne saurait justifier tous les aspects de l'opposabilité du contrat. Par conséquent, le devoir d'abstention n'est pas inhérent à la notion de droit subjectif, car la notion de droit subjectif confère à son titulaire un *domaine réservé*²⁵⁶ lui attribuant ainsi l'exclusivité des prérogatives. À ce propos, M. WINTGEN indique : « *Qui dit exclusivité dit opposabilité. L'exclusion des autres du domaine réservé au titulaire du droit implique la faculté d'imposer à tous l'existence de ce droit* »²⁵⁷. L'opposabilité absolue des droits subjectifs se traduit donc par une exclusivité des prérogatives, résultant du droit subjectif, et assurée de plusieurs façons²⁵⁸. En général, la protection des droits subjectifs est assurée par l'interdiction faite aux tiers d'exercer ou de disposer efficacement de ces droits.

151. Pour assurer cette protection des droits subjectifs, M. WINTGEN propose une protection *préventive équivalente* des droits personnels, portant sur une chose²⁵⁹, et une protection *curative* par une interdiction générale de porter atteinte aux droits réels. Car selon lui, cette interdiction générale s'explique naturellement par le fait que les droits réels nécessitent une protection non seulement dans sa dimension juridique, c'est-à-dire la protection préventive contre les exercices non autorisés du droit, mais aussi une protection de droit dans sa dimension matérielle, car « *l'utilité de droit de propriété résulte en grande partie des prérogatives matérielles reconnues au propriétaire, c'est-à-dire du droit d'utiliser la chose* »²⁶⁰. Ce qui diffère de la protection des droits personnels, pour lesquels une protection préventive serait suffisante.

²⁵⁵ V. en ce sens : Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 136 -137, pp.126-127

²⁵⁶ *Ibid.*, n° 140, p.129. L'auteur déduit des définitions de DABIN, de GHESTIN, de GOUBEAUX, de ROUBIER et de LARENZ que le domaine réservé n'est que l'aspect attributif du droit qui implique une exclusivité du titulaire du droit et donc l'exclusion d'autrui au bénéfice de ce droit.

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ Les moyens de protection du droit subjectif, énumérés par l'auteur, : une protection par la norme d'incompétence qui rend inefficace l'exercice du droit par un tiers, une protection par la mise en place d'une opposabilité particulière et la protection par les règles de responsabilité, *Ibid.*, n° 142, p.130.

²⁵⁹ Il s'agit ici d'une protection qui mettrait le créancier et le titulaire d'un droit réel, objet de la créance, sur un statut équivalent. Car le créancier est protégé contre les actes juridiques des tiers par le principe d'exclusivité inhérente au droit personnel. En revanche, n'ayant pas de droit direct sur la chose objet de la créance, il n'est pas protégé contre les actes juridiques portant sur cette chose. L'auteur estime que la position du créancier est *à priori* inférieure à celle du titulaire du droit réel. C'est pour cela il propose une protection équivalente contre les actes portant sur l'objet de la créance pour ainsi renforcer le droit de créance. L'auteur propose d'attribuer au créancier les mêmes techniques qui sont utilisées par le titulaire du droit par exemple : le droit d'option ou de préférence.

²⁶⁰ *Ibid.*, n° 147, p.133

152. Ces critiques se confrontent à deux problématiques majeures. D'abord, il est difficile de connaître la position tranchée de M. WINTGEN sur le statut des droits réels et celui des droits personnels. Certes, il pense que la distinction entre les deux droits n'a aucun sens aujourd'hui et ne correspond à aucune nécessité logique, puisqu'on peut parfaitement accorder à un créancier une position équivalente à celle du titulaire d'un droit réel, pourtant il établit une distinction entre ces mêmes droits lorsqu'il s'agit d'instaurer une protection. S'agissant de l'assimilation, l'auteur, pour étayer la notion d'exclusivité des droits subjectifs, commence par attribuer aux droits personnels certains principes propres aux droits réels. Pour cela, il s'appuie sur la thèse de DÖRNER pour doter les droits personnels d'une « *protection contre les propriétaires successifs* » qui est à distinguer de la protection contre les actes de disposition. Ce qu'on peut appeler en droit français « *le droit de suite* ». Or, il est communément admis par les juristes français²⁶¹ que seuls les droits réels confèrent à leur titulaire un droit de suite opposable à tous. D'après M. WINTGEN, attribuer seulement aux droits réels un tel droit revient à confondre le droit et son objet, car si la créance est matérialisée par un titre, elle devient un objet de possession²⁶².

153. En revanche, relativement à la protection des droits subjectifs, l'auteur distingue soigneusement entre les deux droits. Il fait valoir qu'il serait insuffisant d'organiser une protection préventive pour les droits réels, car le sens même des droits réels est organisé autour d'une protection curative et générale, alors que pour les droits personnels, une simple protection préventive suffirait. Mais « *pourquoi exclure le droit personnel et ne pas imposer son respect par les tiers par une règle générale comme le droit réel ? Le droit du créancier, ne serait-il pas également vidé de sa substance si le tiers était en droit de méconnaître le droit du débiteur* »²⁶³. Si la protection est générale pour les deux droits, on ne saurait restreindre la liberté des tiers comme le croit l'auteur. Au contraire, en présence de toutes les hypothèses de fraude à un droit de créance, la protection préventive que suggère M. WINTGEN se révèle insuffisante et un recours aux protections qui bénéficient au droit réel devient nécessaire. On le voit, l'auteur distingue entre l'opposabilité et de ce qui la rend efficiente.

154. Que penser de l'approche critique de M. WINTGEN et aux conséquences qui en sont tirées ? On résumera la thèse de M. WINTGEN en trois points essentiels. En premier lieu, l'auteur reproche à WEILL et à CALASTRENG le cheminement

²⁶¹ V. en ce sens : Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX et Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, éd. 4^{ème}, L.G.D.J, 1977, n° 224.

²⁶² V. en ce sens : Shalev GINOSSAR, *op. cit.*, n° 12, p. 32.

²⁶³ Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n° 201, p. 129.

historique de la justification de l'opposabilité et de ne pas faire de ce concept le fondement de leur théorie. En effet, pour l'auteur, il ne suffit pas de relever les atteintes à l'effet relatif des conventions, qui interdit seulement aux tiers d'être créanciers ou débiteurs²⁶⁴, pour ensuite justifier les effets du contrat à l'égard des tiers comme fait. Assurément, le contrat existe en tant que fait, il permet de produire des effets juridiques que seules les parties en sont liées ; c'est sans conteste un principe de liberté individuelle, de justice commutative et de sécurité juridique. Néanmoins, ces mêmes principes peuvent, dans certains cas, conduire à l'admission de règles qui étendent des effets obligatoires du contrat à l'égard des tiers. La plupart de ces cas peuvent être *compris* par l'opposabilité du contrat-fait à condition toutefois d'identifier la règle de droit qui prévoit ces effets. L'existence seule du contrat comme fait ne peut à elle seule justifier son opposabilité.

155. Ensuite, lorsqu'il s'agit de justifier l'opposabilité par la normativité du contrat fondée sur la force obligatoire, l'auteur rejette catégoriquement l'idée d'une extension de la force obligatoire du contrat à l'égard des tiers, et n'approuve que l'utilité que peut avoir l'opposabilité à côté de la force obligatoire comme moyen pour renforcer l'efficacité du contrat. En revanche, la principale critique reste tout de même celle qui fonde l'opposabilité sur la notion des droits subjectifs. En effet, l'auteur nie l'existence d'un devoir général des tiers de ne pas porter atteinte aux droits issus d'un contrat, car la généralité d'un tel devoir serait une atteinte excessive à leur liberté. M. WINTGEN n'écarte pas la possibilité que les tiers soient sanctionnés pour les atteintes qu'ils peuvent porter à ces droits contractuels, mais il considère qu'on ne peut en déduire un devoir général. L'auteur reconnaît également qu'il est légitime de consacrer une protection des droits contractuels contre les tiers. Car il serait illogique, voir incohérent de consacrer des droits subjectifs sans pouvoir les protéger ou de tolérer que des tiers les bafouent. La simple existence de ces droits rend leur protection légitime même à l'égard des tiers. Cependant, ce n'est pas tant la protection des droits subjectifs contre le fait des tiers qui pose difficultés à M. WINTGEN, mais plutôt de fonder la notion d'opposabilité sur les droits subjectifs sans qu'elle soit capable de déterminer les limites de la responsabilité des tiers en cas de méconnaissance de leur devoir d'abstention et de prendre en compte les intérêts particuliers ou collectifs qui pourraient justifier l'adoption de solutions plus nuancées. Sur ce point, Mme SAUTAUNIE-LAGUIONIE nous indique que M. WINTGEN

²⁶⁴ Alex WEILL, *op. cit.*, n° 110 et s.

ne distingue pas entre l'opposabilité de tout droit comme principe et son efficience²⁶⁵. L'opposabilité a, selon lui, une vertu explicative, descriptive permettant de désigner un grand nombre d'effets hétérogènes que le contrat produit à l'égard des tiers.

156. Enfin, l'auteur explique que les effets du contrat à l'égard des tiers ne sont pas rebelles à toute systématisation ou rationalisation. Il est toutefois possible d'identifier un ensemble cohérent de règles relatives aux effets patrimoniaux du contrat à l'égard des créanciers des parties²⁶⁶. Sur la base de ces critiques, une autre approche de l'opposabilité, cette fois-ci fondée sur la distinction entre l'opposabilité de la propriété et celle des actes juridiques, a été développée par M. Frédéric DANOS.

b. *L'approche de Frédéric DANOS*

157. **Définir la propriété, c'est comprendre l'opposabilité.** L'opposabilité du droit de propriété n'a jamais soulevé de difficulté, bien au contraire, ce droit constituait le domaine d'élection du concept d'opposabilité²⁶⁷. Mais peut-on le définir aisément ? Alors que la conception traditionnelle définit le droit de propriété comme étant l'archétype du droit réel, qui « crée un rapport immédiat et direct entre une chose et une personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise d'une manière plus ou moins complète »²⁶⁸, M. DANOS, voit en cette définition, très simpliste, une conception qui pourrait souffrir, à l'occasion, de l'existence concurrente des droits réels sur la chose d'autrui — exemple du droit d'usage et d'habitation ou de l'usufruit —. L'auteur s'interroge sur le devenir du droit de propriété lorsque celui-ci est démembré ou transféré partiellement sous forme de prérogatives à un tiers. Faudrait-il déduire de la définition donnée au droit de propriété que le propriétaire grevé dans son droit n'est pas un propriétaire ?

158. Devant cette impuissance à trouver à la propriété une définition par la catégorie des droits réels, l'auteur, va mettre ce droit en perspective avec deux notions voisines. D'un côté, la possession, et de l'autre l'opposabilité *erga omnes*. L'auteur opère dans un premier temps une distinction entre la propriété et la possession : deux notions diamétralement opposées. Selon lui, l'étude comparée de

²⁶⁵ V. en se sens, Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n° 204, p.131.

²⁶⁶ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 167, p.153.

²⁶⁷ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 138, p. 170.

²⁶⁸ Charles AUBRY, Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, éd. 5, t. II, Paris, 1897, § 172, p. 72 et s., cité par, Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

la possession, par opposition à la propriété, marque le point de départ dans la recherche de la définition du droit de propriété et une étape importante à la compréhension de l'opposabilité *erga omnes*, concept inhérent aux droits réels. On peut ainsi résumer les développements de M. DANOS relatifs à la possession comme suit : la somme des possessions, civile²⁶⁹ et naturelle²⁷⁰, matérialisées par la réalisation d'actes matériels de jouissance et de la jouissance actuelle et effective d'une chose. Ainsi, la propriété représente le pouvoir abstrait de jouissance d'une chose²⁷¹, alors que la possession est la jouissance effective d'une chose. Cette effectivité dans la jouissance, réserve à son détenteur un rapport d'exclusivité à la chose. Une exclusivité qui constituera, pour l'auteur, une étape décisive à l'étude de la propriété et de l'opposabilité, de sorte, qu'elle déplace l'étude de la chose — *objet de propriété* — vers les tiers — *sujet de l'opposabilité* — : elle se situerait alors dans une perspective intersubjective.

159. Cette démarche impose donc de quitter la seule sphère, trop restrictive, du rapport entre le propriétaire et sa chose, puisqu'elle ne permet pas d'appréhender la propriété dans son ensemble. Alors se pose, pour l'auteur, la question de la nature de la relation que doivent avoir les tiers envers la chose. S'agit-il d'un devoir d'abstention qui leur est imposé et que l'on peut qualifier d'obligation passive universelle comme le préconisent les personalistes ?²⁷² En réalité, c'est en répondant à cette question que l'auteur s'aperçoit que le concept d'opposabilité est trop polysémique²⁷³. Convaincu qu'il n'existe pas de principe général et unitaire de l'opposabilité, il tente d'appréhender la notion selon deux réalités : l'une banale et concerne le respect dû par les tiers à la situation juridique d'autrui ; l'autre propre aux rapports de l'homme à la chose, qui exclut le tiers de la jouissance de la chose d'autrui²⁷⁴. On peut ainsi dire que M. Danos, distingue entre le devoir d'abstention à l'égard de la situation juridique d'autrui et le devoir d'abstention ou « *l'exclusion des tiers* »²⁷⁵ de jouir de la chose d'autrui. La première opposabilité est dite *simple*²⁷⁶ — opposabilité indirecte — tandis que la seconde est substantielle — *erga omnes* —.

²⁶⁹ La possession civile est celle qui est plus de droit que de fait.

²⁷⁰ La possession naturelle (possession précaire) est la détention de la chose qui appartient à autrui.

²⁷¹ Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 5, p. 6.

²⁷² *Ibid.*, n° 177, p.193. Pour l'auteur, l'obligation passive universelle, ainsi nommée *improprement*, ne correspond pas en réalité au devoir d'abstention des tiers, mais d'un pouvoir que possède le propriétaire pour faire imposer le respect de son droit sur la chose, et serait le rapport *d'exclusion des tiers*.

²⁷³ *Ibid.*, n° 180, p.195.

²⁷⁴ *Ibid.*, *préf.* de Laurent AYNES.

²⁷⁵ *Ibid.*, n° 177, p.193. L'auteur utilise l'expression de *l'exclusion des tiers* et non un *devoir d'abstention* pour évoquer l'opposabilité *erga omnes*, une tonalité différente pour démontrer le caractère absolu de cette dernière.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 195, n° 180, et p. 197, n° 182

160. L'opposabilité des actes juridiques et l'opposabilité de la propriété.

L'auteur, pour justifier cette double conception de l'opposabilité, va procéder en différenciant entre l'effet juridique résultant des actes juridiques et celui produit par le droit de propriété. Pour ce faire, M. DANOS se fonde sur les analyses de MOTULSKY, HÉRON et MAYER, pour soutenir que l'effet juridique ne peut se déclencher que s'il y a une règle de droit qui dans son application a constaté l'existence de différents éléments de faits. En d'autres termes, les faits ne produisent aucun effet juridique, mais seule une règle de droit peut imprimer un caractère juridique à ces faits, lorsqu'ils sont soumis à son interprétation. C'est cette norme juridique qui va attacher une conséquence juridique à leur existence et à leur réalisation²⁷⁷. L'auteur ajoute que : « *c'est dans ce mécanisme d'application générale de droit que s'insère en réalité l'opposabilité des actes juridiques (un contrat, un acte juridictionnel ou un statut juridique déterminé). En effet, l'opposabilité des actes juridiques signifie ni plus ni moins qu'un acte juridique est également, à l'égard de ceux auprès de qui il n'est pas destiné à produire directement un effet de droit, un fait qui sera, le cas échéant, pris en considération dans les conditions d'application d'une norme juridique extérieure dont le déclenchement emportera des effets de droit à l'égard de personnes qui ne sont pas visées ou concernées directement par cet acte juridique* »²⁷⁸.

161. D'après cette analyse, les actes juridiques ne seront donc pour les tiers que des « faits » que la règle de droit, en son application, prendra en considération pour produire des conséquences juridiques à l'égard des tiers. Dire cela, revient à reconnaître que l'acte juridique ne peut rayonner par lui-même au-delà de son champ propre sans une règle extérieure qui va entacher son existence à l'égard des tiers d'une conséquence juridique. Il n'y a donc aucune extension de l'effet propre de l'acte juridique à l'égard des tiers, mais c'est la règle de droit extérieure que l'acte juridique aura contribué seulement à déclencher et qui produira des effets juridiques. En définitive, « *le principe de l'opposabilité du contrat aux tiers (simple) signifie uniquement que le contrat est, à l'égard de ceux-ci, un fait qui, en tant que tel, peut être pris en considération par le présupposé d'une règle de droit extérieure pour le déclenchement de son application* »²⁷⁹.

162. **L'opposabilité-condition et l'opposabilité-probatoire.** Une telle conception de l'opposabilité suppose, selon M. DANOS, deux typologies. D'une part,

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 196, n° 181. L'auteur cite Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, coll. Pensée juridique, trad. Charles EISENMAN, Bruylant et L.G.D.J, 1999, p.12.

²⁷⁸ *Ibid.*, n° 182, p. 197.

²⁷⁹ *Ibid.*, n° 184, p. 202.

une opposabilité-condition dans laquelle l'élément de fait est expressément visé par le présumé de la règle de droit comme condition de son déclenchement et de son application. De l'autre, une opposabilité probatoire dont l'élément factuel n'est pas expressément visé, mais son existence permet de supposer, de présumer ou de considérer que les conditions nécessaires au déclenchement et à l'application de la règle de droit extérieure sont réunies, ou de supposer l'existence de l'élément qui conditionne son déclenchement et qui est expressément visé comme tel par cette règle de droit²⁸⁰. Ainsi, dire que c'est la règle de droit qui permet aux faits de s'affirmer, par le mécanisme de la prise en considération, en des effets juridiques passible de créer des conséquences juridiques à l'égard des tiers, revient à dire, en vérité, que c'est le contenu de la règle légale que les tiers devront respecter et non le contrat lui-même²⁸¹ et que les conséquences juridiques procèdent de la règle de droit et non du contrat en tant que tel²⁸². Cela signifie que le contrat ne produit en réalité qu'un seul effet direct, celui de l'effet obligatoire, ensuite, c'est l'existence d'une présumée règle de droit, en prenant le contrat en considération en tant que fait, qui va créer un effet opposable aux tiers.

163. Cependant, M. DANOS souligne que l'opposabilité du contrat aux tiers ne doit pas se confondre avec l'opposabilité des droits qu'il crée²⁸³. Alors qu'un contrat ne dispose que d'une opposabilité *simple*, les droits qui en sont issus relèvent du domaine de l'opposabilité *substantielle* et de la propriété. Toutefois, si cette affirmation est valable pour les droits réels qui naissent du contrat, qu'en est-il des droits personnels ? L'auteur admet que ce constat est valable tant pour le droit réel que le droit personnel, car en prenant appui sur les travaux de GINOSSAR, il considère que si les droits patrimoniaux bénéficient d'une opposabilité *erga omnes*, c'est uniquement parce qu'ils sont objets de propriété. Ainsi, le droit de créance est-il opposable *erga omnes* parce qu'il est objet de propriété ? L'application de la notion d'opposabilité substantielle ou d'opposabilité *erga omnes* au droit de créance traduit, en effet, l'existence d'un droit de propriété des créances et l'inexistence d'une opposabilité substantielle qui serait inhérente au contrat²⁸⁴.

164. Dès lors se pose la question de la pertinence et de l'utilité de l'opposabilité substantielle, puisque c'est la règle de droit objective qui lui confère sa valeur

²⁸⁰ *Ibid.*, n° 183, p. 200.

²⁸¹ *Ibid.*, n° 184, p. 203.

²⁸² *Id.*

²⁸³ *Ibid.*, n° 186, p. 205.

²⁸⁴ *Id.*

juridique²⁸⁵. N'est-elle pas une simple expression de la règle de droit? Pour M. Danos : « le concept de l'opposabilité traduit l'application de ce devoir d'abstention par rapport à une chose déterminée, issu du droit objectif, à une situation concrète, particulière, par laquelle une personne dénommée se voit attribuer une chose ou une prérogative et par laquelle les tiers se trouvent concomitamment privés »²⁸⁶. En d'autres termes, « cette règle ne fixant qu'un cadre général qui se doit être précisé aux cas particuliers qu'elle est censée régir, par la détermination, pour les besoins de la situation d'espèce, des droits et devoirs de chacun par rapport à un objet déterminé (...) le concept d'opposabilité s'insère, en conséquence, dans le cadre de l'application de la norme légale concernant le droit de propriété. L'opposabilité n'est donc nullement absorbée par la règle de droit objectif d'où elle procède, mais elle en constitue l'individualisation et la concrétisation »²⁸⁷.

165. L'opposabilité substantielle et l'opposabilité simple. Plus précis encore, l'auteur fait une distinction entre l'opposabilité substantielle, qui se manifeste par un devoir juridique d'abstention et d'inertie imposé aux tiers par rapport à la chose d'autrui et le devoir de respect des droits d'autrui et, au-delà, le devoir général de respect des règles légales. L'auteur constate, d'une part, que l'opposabilité substantielle — *erga omnes* ou le devoir d'abstention par rapport à la chose d'autrui — ne peut porter sur le droit de propriété à qui elle donne précisément naissance, mais sur la chose objet de propriété. Ainsi, l'opposabilité substantielle est, conceptuellement, le préalable au pouvoir du propriétaire sur la chose et ne peut donc porter que sur l'objet de ce pouvoir²⁸⁸. De l'autre, le devoir d'abstention diffère du devoir de respect par les tiers d'un droit, d'une prérogative, d'un statut ou d'une situation juridique dans la mesure où ce devoir résulte seulement du caractère légal de la règle qui les encadre. Autrement dit, le devoir de respect n'est que le caractère impératif de la disposition légale qui consacre, entre autres, le droit de propriété qui est préalablement institué par l'opposabilité substantielle. Cette dernière est donc inhérente au droit de propriété, précisément à l'objet de propriété, et s'identifie à l'effet juridique d'une règle légale spécifique au droit de propriété que ces tiers se doivent de respecter.

²⁸⁵ *Ibid.*, n° 190, p. 208.

²⁸⁶ *Id.*

²⁸⁷ *Id.*

²⁸⁸ *Ibid.*, n° 192, p. 210. Dans le cadre de l'exclusion des tiers du droit de propriété, l'article 647 du Code civil consacre, par exemple, au propriétaire d'un terrain, le droit de se clore. En effet, ce droit s'exerce sur la chose objet de propriété. En cas d'empiètement, par une construction qui déborde sur le terrain, la jurisprudence le sanctionnait comme étant une atteinte au droit de propriété. Cela démontre en réalité que le droit de propriété s'entend par l'exclusion des tiers vis-à-vis de la chose d'autrui.

166. Ainsi, le devoir de respect ne s'assimile pas au devoir d'abstention relatif à la chose, devoir juridique spécifique, contenu de la règle de droit ou règle de conduite particulière qui s'impose aux tiers, mais il se superpose au devoir d'abstention des tiers par rapport à la chose auquel il attribue son caractère normatif. Ainsi, l'opposabilité *erga omnes*, substantielle ou le devoir d'abstention des tiers par rapport à la chose d'autrui constituent *le contenu* de la règle de conduite imposée par une règle légale — son effet juridique spécifique —, alors que l'opposabilité *simple* à l'égard des tiers ou le devoir de respect correspond au caractère *contraignant* de la loi et a pour objet la règle de conduite spécifique instituée par la loi. Ce devoir de respect est commun à toutes les normes légales et c'est lui qui imprime le caractère impératif aux différentes règles de conduite imposées par la norme légale²⁸⁹.

167. Pour résumer, dans une situation juridique — situation contractuelle par exemple —, il existe avant tout un devoir général de respect de l'acte juridique imposé concomitamment aux parties et aux tiers — *opposabilité-simple* — : ça reflète le caractère contraignant de la loi qui consacre ce devoir. Si cette situation juridique donne naissance à un droit de propriété au bénéfice de l'une des parties à l'acte juridique, il en résulte que le tiers se voit imposer un devoir d'abstention à l'égard de la chose d'autrui — *opposabilité substantielle erga omnes* — : devoir qui est institué par une norme spécifique qui pose une règle de conduite à l'égard des tiers, s'ajoutant au devoir de respect général. Il faut tout de même préciser que ce devoir général de respect renforce l'assise juridique du devoir d'abstention. Autrement dit, sans ce devoir général de respect, le devoir d'abstention n'aura point de caractère impératif.

168. À titre d'illustration, le contrat de vente, situation juridique, crée deux obligations contractuelles, l'une à la charge de l'acheteur, payer le prix, l'autre à la charge du vendeur, délivrer la chose. Tout d'abord, du fait de cette situation juridique se déclenchera, *ipso facto*, un devoir général de respect à l'égard des parties qui est celui de respecter leurs engagements. Ensuite, le devoir général de respect commandera simultanément aux tiers de respecter la situation juridique. Ce devoir de respect est consacré par la règle légale contraignante qui interdit aux tiers de porter atteinte au contrat de vente. D'autre part, étant donné que le contrat de vente fait naître un droit de propriété au bénéfice de l'acquéreur, une règle de conduite viendra protéger ce droit de propriété en enjoignant aux tiers de respecter ce droit. Cette règle de conduite, imposée par une disposition légale, contient un devoir

²⁸⁹ *Ibid.*, n° 195, p. 213.

d'abstention des tiers par rapport à la chose d'autrui. La règle de conduite spécifique ou devoir d'abstention s'oppose à la règle légale contraignante ou devoir général de respect. Par ailleurs, ces deux règles, bien que différentes, se superposent l'une à l'autre.

169. Devoir d'abstention ou devoir d'inviolabilité. Nous avons vu jusqu'à présent comment M. DANOS distingue entre les deux devoirs, mais avant que l'auteur ne se résout à cette distinction, il était traditionnellement admis qu'un tiers devait s'abstenir de porter atteinte aux droits contractuels d'autrui. Ce domaine d'étude, qui a conduit la doctrine à le systématiser à travers le régime juridique de la faute du tiers, ne faisait nullement de hiérarchisation des devoirs et cela en raison de la non-distinction entre les droits et les sources de ces droits. D'où l'intérêt, selon DUCLOS, de ne pas distinguer selon la nature du droit opposable. Ainsi, le devoir d'inviolabilité peut être défini ainsi : « *le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte* »²⁹⁰. Si le devoir qui pèse sur les tiers s'assimile à l'obligation de ne pas faire ou encore à une obligation passive universelle, le devoir d'inviolabilité serait également assimilé à une obligation à la charge des tiers et prendrait naissance à la conclusion du contrat²⁹¹. Cependant, l'obligation est, *stricto sensu*, un des contenus généraux du contrat et pèse *ipso facto* sur le débiteur. Aussi, cette assimilation conduirait donc à admettre le prolongement de la force obligatoire du contrat ; le terme devoir traduit le mieux la contrainte qui pèse sur les tiers. Ainsi, on le voit clairement, M. DANOS a repris les pluralités des définitions de la doctrine sur le devoir qui enjoint les tiers, pour ensuite le distinguer en le divisant en deux devoirs distincts.

170. Constat. L'approche de M. DANOS est, à notre avis, le continuum de la thèse de M. WINTGEN. Ce constat peut être présenté en deux points essentiels. D'une part, M. DANOS et M. WINTGEN attachent à l'opposabilité, qu'elle soit simple ou substantielle, une règle de droit qui l'imprénera du caractère impératif et contraignant. Seulement, à la différence de M. WINTGEN, cette règle de droit n'imprime pas uniquement le caractère contraignant à l'égard des tiers, mais organise également l'application et la mise en œuvre de l'opposabilité : une règle qui identifie la nature et l'objet de celle-ci. Sur ce point en particulier, il faut remarquer que sur la nature de l'opposabilité, les deux auteurs s'accordent sur le fait que l'opposabilité,

²⁹⁰ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 2-3, p. 23.

²⁹¹ Florence BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse de doctorat, droit, Paris II, 1979, n° 137.

ou le devoir d'abstention suggéré par M. DANOS ne doivent pas être confondus avec l'obligation au sens technique et juridique du terme, car une telle confusion, rejetée par les deux auteurs, assimilerait l'opposabilité à la force obligatoire du contrat. L'opposabilité peut être utile à l'efficacité du contrat, mais pas une continuité à la force obligatoire.

171. En ce qui concerne l'objet de l'opposabilité substantielle, M. DANOS établit un champ limitatif dans lequel le pouvoir d'abstention des tiers ne concernera que les choses présentant une utilité pour l'homme et susceptibles de jouissances concurrentes²⁹². L'opposabilité est donc circonscrite lorsqu'il s'agit des choses hors du commerce, lesquelles ne peuvent faire l'objet de conventions, ne peuvent être ni vendues ni prêtées ou faire l'objet d'une prescription acquisitive²⁹³. En outre, l'opposabilité ne s'applique pas aux choses communes qui n'appartiennent à personne, car leur usage est commun à tous — il n'y a pas de pleine jouissance, donc absence de propriété —. Elle est également exclue lorsqu'il s'agit des droits de la personnalité, droits fondamentaux inhérents à la personne humaine, ou les droits relatifs au corps humain.

172. Au surplus de ces délimitations, l'auteur admet que la théorie de la propriété des créances de M. GINOSSAR, qu'il qualifie de « *salvatrice* »²⁹⁴, est capitale à la justification de l'opposabilité *erga omnes* des droits personnels. M. GINOSSAR définit la propriété par le lien d'appartenance de la chose au propriétaire et ce même lien s'observe également pour le droit de créances. Ainsi, la créance est un bien appartenant au créancier et rattaché à son patrimoine propre par l'effet de propriété. Une telle affirmation suppose par déduction que les choses qu'elles soient corporelles ou incorporelles²⁹⁵ sont susceptibles de propriété. L'opposabilité *erga omnes*

²⁹² Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 200, p. 217

²⁹³ *Ibid.*, n° 201, p. 218 ; l'auteur cite successivement les articles 1128, 1598, 1878, 2226 du Code civil. Certains de ces articles sont aujourd'hui abrogés par L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1128 est, depuis le 10 février 2016, sous l'égide de l'article 1162 du Code civil, et l'article 2226 et aujourd'hui l'article 2260 du Code civil. En revanche, les articles 1598 et 1878 sont restés inchangés.

²⁹⁴ *Ibid.*, n° 194, p. 211 ; il faut souligner tout de même que, selon M. Wintgen, la paternité de l'idée d'une propriété de créances est attribuée à BÄHR qui l'a exposée dans un article publié en 1857 et elle fut encore enseignée dans un manuel de droit des obligations paru en 1929, in, Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 155, p.141.

²⁹⁵ V. en ce sens la théorie de propriété incorporelle développée par : Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, t. 1, éd. 3^{ème}, 1938, p. 839 et s. ; François HEPP, « *Le droit d'auteur "propriété incorporelle" ?* », *R.I.D.A.*, 1958, p. 161 ; Jean-Marc MOUSSERON, *Le droit du brevet d'invention. Contribution à une analyse objective*, thèse de doctorat, droit, L.G.D.J, 1961, p. 277 et s. ; Pierre RECHT, *Le droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et théorie*, Paris, L.G.D.J, 1969, p. 207 et s. ; Jacques RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, p. 333 et s. ; Jean FOYER, Michel VIVANT, *Le droit des brevets*, P.U.F, 1991, p. 260 et s. ; André et Henri Jacques LUCAS, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, p. 34 ; Albert CHAVANNE, Jean-Jacques BRUST, *Droit de la propriété industrielle*, éd. 5^{ème}, Dalloz, 1998, p. 2, cité par : Malik COCHEREL, *Les techniques légales d'opposabilité : essai d'une théorie générale*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Paul LE CANNU, Paris I, 2003, n° 34, p. 29. V. aussi, Yves MARCELLIN, *Le droit français de la propriété intellectuelle*, éd. CEDAT, Paris, 1999, p. 7 et s. ; Suhail HADDADIN, *Essai d'une théorie générale du droit d'auteur*, thèse de doctorat,

s'applique donc aux droits patrimoniaux. Ces conclusions séduisent moins M. WINTGEN, car même si l'on peut admettre un rapprochement entre les deux droits, il n'est pas nécessaire d'accueillir cette théorie de propriété de créances pour résoudre la prétendue énigme de l'opposabilité du droit personnel aux tiers. Car l'opposabilité des droits personnels s'explique en partie par la notion de droits subjectifs, que nous avons développée précédemment, et pour le reste, par des règles particulières de protection de droit²⁹⁶.

173. Ainsi, la thèse de M. DANOS a pu mettre en perspective, d'une manière originale, le concept de l'opposabilité substantielle attachée non pas à la propriété, en tant que telle, mais à la possession matérialisée par l'accomplissement d'actes de jouissance, de jouissance effective et actuelle sur la chose. Une opposabilité qui, si elle remplit les conditions de son déclenchement²⁹⁷, s'étendra par ricochet à tous les droits patrimoniaux. De cette façon, M. DANOS rejoint la longue lignée des normativistes qui n'ont cessé de plaider pour une opposabilité *erga omnes* des droits subjectifs. Mais, il s'avère que cette originalité est rapidement mise en difficulté par certains auteurs, car la justification de l'opposabilité *erga omnes* des droits patrimoniaux par la théorie avancée par GINOSSAR sur la propriété des créances, malgré qu'il l'ait restreint²⁹⁸, demeure insuffisante pour asseoir l'opposabilité sur une justification solide, surtout que la notion de propriété est, selon DUCLOS, « *abusivement déformée (...) l'opposabilité est d'ailleurs inhérente aux droits subjectifs* »²⁹⁹.

3. La conception unitaire de l'opposabilité : la thèse de José DUCLOS

174. La systématisation d'un fondement général de l'opposabilité. L'un des travaux les plus accomplis sur la notion d'opposabilité est sans doute la thèse de José DUCLOS. Selon cet auteur, l'opposabilité est définie *stricto sensu* comme « *la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* »³⁰⁰ : une définition largement retenue aujourd'hui. Il s'agit

droit, s. dir. Philippe GAUDRAT, Poitiers, 2008, n° 126 et s., p. 124 et s.; André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, Carine BERNAULT, *Traité de propriété littéraire et artistique*, éd. 5^{ème}, LexisNexis, 2017, n° 22 et s., p. 27 et s.

²⁹⁶ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 156, p.142.

²⁹⁷ L'auteur attache à la notion d'opposabilité substantielle, la condition d'informer les tiers par la publicité en cas d'actes relatifs aux droits réels ou à la notification concernant certains actes de droit personnel.

²⁹⁸ Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 225 et s., pp. 249 et s.; V. en ce sens : la circonscription du champ d'application de la propriété des créances lorsqu'il s'agit de revendiquer une somme d'argent au débiteur par exemple.

²⁹⁹ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 134, p. 166.

³⁰⁰ *Ibid.*, n° 2-1, p.22.

d'une technique juridique permettant à chaque élément de droit d'être connecté à son milieu juridique. Malgré qu'elle demeure complexe, ambiguë et imprécise, DUCLOS en dresse un portrait remarquable. Pour ce dernier, l'opposabilité est comparable à *Janus*, elle se présente aux juristes avec deux visages. À l'avant, il y'a celui qui apparaît lorsqu'on l'examine dans son *principe* et son *essence*, et où elle est *virtuellement* commune à tous les éléments juridiques en dépit de leur *relativité*. Au revers, il y'a celui qui se dévoile par l'étude de sa *mise en œuvre* où l'*efficience* de l'opposabilité peut dépendre de la *connaissance* par le tiers de l'élément juridique en cause³⁰¹.

175. Contrairement aux approches classiques où l'opposabilité était limitée à l'acte juridique, DUCLOS est allé au-delà de sorte à affirmer que l'opposabilité peut également être étendue à tous les faits, actes, droits ou situations juridiques³⁰². Cette nouvelle approche marque en quelque sorte le début d'un nouveau fondement de la notion d'opposabilité basé sur une conception unitaire capable de s'appliquer à tous les éléments juridiques. Pour ce faire, DUCLOS a soulevé une interrogation essentielle : face aux rapports de l'individu au collectif et aux rapports du particulier au général, quel serait le concept capable d'être l'agent de médiation d'un tel système juridique ? Seule une systématisation d'une théorie générale de l'opposabilité est donc capable de répondre à cette interrogation. Ce disant, le propos d'une théorie générale répond à l'idée d'une construction intellectuelle, méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée³⁰³. C'est en tout cas ce qu'a suggéré DUCLOS en procédant d'abord à une conceptualisation de la notion puis à sa mise en œuvre. La conceptualisation suppose la confrontation de la notion d'opposabilité avec le principe de la relativité afin d'appréhender l'identité de l'opposabilité et de tous les types d'éléments juridiques capables d'y être attachés. Tandis que l'efficience est l'étape fonctionnelle consacrée aux conditions de mise en œuvre dont la connaissance des éléments juridiques en est le critère capital.

176. Notons ici que l'objectif de notre présent titre est de mettre en perspective le concept de l'opposabilité comme il fut systématisé par DUCLOS. En revanche, nous en tirons aucune conclusion pour le moment ; faire l'analyse de la théorie de DUCLOS nous permet simplement de confronter les différentes théories afin de concevoir une

³⁰¹ *Ibid.*, n° 445, p. 463.

³⁰² *Ibid.*, n° 2-2, p. 22.

³⁰³ *Ibid.*, v. *préf.* Didier MARTIN, p.17.

trajectoire de réflexion et d'y intégrer les éléments qui seront pris en compte dans les développements qui vont suivre et qui marqueront le corps de notre sujet.

177. Une conception physique de l'opposabilité. Pour concevoir l'opposabilité, l'auteur imagine un cercle dont la circonférence délimite, en deçà et au-delà, les différents rapports juridiques. À l'intérieur du cercle, l'effet est direct, il s'agit de l'effet obligatoire ne concernant, en principe, que les acteurs directs. Cet effet engage essentiellement les rapports des parties au contrat ou d'une personne avec une chose. À l'extérieur de ce cercle, l'effet est indirect et intéresse les acteurs indirects ; c'est en dehors de ce cercle que se profilent des rapports juridiques indirects, domaine de l'opposabilité. Par conséquent, chaque personne doit tenir compte de la situation juridique de l'autre et de s'abstenir d'y porter atteinte quel que soit sa position, extérieure ou intérieure, du cercle. Ainsi, l'opposabilité se compose de trois éléments fondamentaux : un *objet* opposable constitué de divers éléments composant l'ordre juridique — un fait, un acte, un droit ou une situation juridique —, un *effet* indirect et deux *sujets* auxquels l'opposabilité est destinée : un sujet actif — celui qui oppose — et le sujet passif — celui à qui on oppose —.

178. L'opposabilité, ainsi caractérisée, doit se soumettre à un examen de conceptualisation. Il s'agit de mettre en perspective l'antithèse *opposabilité-relativité* pour faire apparaître l'originalité de la notion d'opposabilité : « *Si l'opposabilité traduit le rayonnement indirect d'un élément juridique vers les tiers, la relativité les préserve de son efficacité immédiate en limitant celle-ci aux seuls acteurs directs. Ces deux concepts d'efficacité juridique sont, en effet, fondamentalement différents : la relativité garantit aux personnes une liberté minimale, dans la mesure où en principe seule leur propre action peut les obliger directement, tandis que l'opposabilité consacre en droit l'interdépendance des individus inhérente à la vie en société. En ce sens, tous les éléments juridiques sont en principe relatifs et opposables : les tiers doivent seulement souffrir [de] leur effet indirect. Chacun doit reconnaître ce qui existe en dehors de lui, mais ce devoir ne l'oblige pas comme un acteur direct. L'effet du contrat, par exemple, est limité aux parties et les non-contractants ne sont pas tenus d'exécuter les engagements pris par celles-ci ; ils doivent uniquement tenir compte de l'existence de la convention* »³⁰⁴. De ce fait, l'opposabilité de par sa confrontation avec la relativité conduit à une appréhension virtuelle de celle-ci. Conclure sur ce constat aboutirait à amputer l'opposabilité de son efficacité. L'auteur suggère donc de dissocier l'opposabilité virtuelle de son efficacité. C'est là que le second examen

³⁰⁴ *Ibid.*, n° 4, p. 26.

surgit et consiste à consacrer les conditions de son efficence, c'est-à-dire les éléments capables de la rendre applicable.

179. L'effectivité de l'opposabilité. L'examen de l'opposabilité sous l'angle de son efficence n'est pas un exercice aisé. En effet, l'auteur dit à ce propos que « *si l'opposabilité est toujours virtuelle en ce sens que théoriquement tous les éléments juridiques en bénéficient, elle n'est pas pour autant efficace dans tous les cas* »³⁰⁵. L'opposabilité doit donc se soumettre aux conditions de sa mise en œuvre. Justement, la clé de voûte de cette mise en œuvre, selon l'auteur, est la connaissance par les tiers des éléments juridiques. On suppose que le consentement du tiers ne serait exigé, puisque l'opposabilité s'analyse en un simple rayonnement indirect. Mais puisqu'ils sont par définition en dehors des événements juridiques, ils risquent d'ignorer leur existence au moment d'agir³⁰⁶. Ainsi, la méthode d'analyse empruntée par DUCLOS correspond à deux degrés d'analyse. Le premier, est situé au stade de la *micro-analyse*, puisqu'il envisage la structure et l'efficacité de chaque espèce d'élément juridique ; le second est celui de la *macro-analyse*, car il s'élève au plan supérieur de la cohérence générale du système juridique³⁰⁷.

180. Là encore, cette théorie générale de l'opposabilité n'a pas échappé aux critiques, particulièrement, celles de M. WINTGEN. De fait, l'un des points de discordance avec DUCLOS porte sur la distinction entre l'opposabilité des faits juridiques et celle des actes juridiques. M. WINTGEN émet sa critique en disant que : « *L'affirmation selon laquelle les situations de fait se situent, contrairement aux situations "normales", en marge des règles "ordinaires", manque de précisions. Ce qui fait la différence entre, par exemple, une séparation de corps prononcée par le juge et une séparation de fait, ce que la loi attache à la première certaines conséquences qu'elle n'attache pas à la seconde* »³⁰⁸. En affirmant cela, M. WINTGEN vise particulièrement les propos de DUCLOS lorsqu'il écrit : « *Les faits de naissance, de décès, de filiation, de possession d'état, de détention, de possession réelle, de prescription (...) font partie de la réalité sociale et de l'ordre juridique, et en règle générale il est impossible tant en fait qu'en droit de ne pas en tenir compte. En droit par exemple, la personne troublée dans sa détention ou dans sa possession réelle pourra exercer l'action possessoire contre l'auteur du trouble. Et au cas où l'action serait portée au pétitoire, le fait de prescription pourra être opposé par le possesseur afin de bénéficier de l'usucapion abrégée*

³⁰⁵ *Ibid.*, n° 7, p. 29.

³⁰⁶ *Ibid.*, n° 9, p. 30.

³⁰⁷ *Ibid.*, n° 445, p. 463.

³⁰⁸ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 100, p. 93.

ou trentenaire »³⁰⁹. En d'autres termes, M. WINTGEN prête à l'opposabilité une règle de droit qui lui dicte les conditions et les modalités de sa mise en œuvre. L'effet que produit le fait juridique ne peut expliquer l'efficace de l'opposabilité, car il ne suffit pas d'être un fait pour produire des effets juridiques. Par exemple, la détention n'ouvre droit à la protection possessoire que parce qu'une règle de droit le prévoit.

181. L'autre point est relatif à l'exclusion des actes juridiques de la règle générale régissant l'opposabilité. Pour comprendre ses propos, DUCLOS écrit : « (...) *Se produisent quelle que soit la volonté des individus, en sorte que leur opposabilité paraît naturelle. En cela (les faits juridiques) se différencient des actes juridiques. Certes, ces derniers représentent également des faits juridiques compris dans une acceptation large, et à ce titre le principe de leur opposabilité devrait également s'imposer d'évidence. Mais précisément, à l'inverse des faits juridiques stricto sensu, les actes appartiennent au construit juridique et leurs effets sont délibérément voulus par leurs auteurs, d'où le problème aigu de leur opposabilité. Au surplus, on observera que le principe d'opposabilité des faits juridiques n'a évidemment pas à s'affirmer face à un texte posant le principe de relativité de ces éléments* »³¹⁰. M. WINTGEN ne voit aucune bonne raison d'exclure les actes juridiques de la règle générale qui régit l'opposabilité des faits juridiques, même si l'opposabilité des faits juridiques va de soi et que celle des actes juridiques se confronte au principe de la relativité et celui de la volonté. Du point de vue de M. WINTGEN, il aurait été plus judicieux de conceptualiser l'opposabilité des actes juridiques, puisque pour les faits, leur opposabilité est acquise.

182. Pour conclure, l'opposabilité des faits construits par le droit — actes — et l'opposabilité des autres faits sont les mêmes et seule la loi est capable de déterminer à ces faits — actes et faits — des conséquences juridiques³¹¹. Cependant, cette critique semble mal fondée, puisque dès le début de son œuvre, DUCLOS dissocie l'opposabilité virtuelle de son efficace³¹². Cette dissociation impose donc une distinction entre les faits juridiques et les actes juridiques. Autrement dit, c'est qu'après avoir démontré que les actes juridiques sont construits sur la connaissance, que ces derniers deviennent opposables aux tiers. Alors que les faits juridiques ne nécessitent pas une efficace particulière, ils s'imposent naturellement. Si l'approche classique de l'opposabilité a permis de dégager certains acquis objectifs, il sera plus

³⁰⁹ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 15, p. 40.

³¹⁰ *Ibid.*, n° 14, p. 39.

³¹¹ V. en ce sens : Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 100, p. 93.

³¹² V. *supra* n° 175.

intéressant encore d'examiner l'opposabilité en se plaçant du côté des sujets auxquels elle s'adresse.

B. Analyse des fondements subjectifs

183. Précisions sur la notion de tiers. La notion de tiers se définit à l'évidence par opposition à celle de partie (1). Le tiers est « toute personne étrangère à une situation juridique »³¹³, ou « toute personne n'ayant été ni partie ni représentée à un contrat, qui n'est pas touchée par son effet obligatoire et peut tout au plus se le voir opposer »³¹⁴. La signification ainsi retenue est purement matérielle³¹⁵, mais la notion de tiers, comme disaient MARTY et RAYNAUD, est souvent fuyante, multiforme et des plus équivoques de notre Droit³¹⁶. Paradoxalement, l'occurrence du mot tiers est utilisée dans plus de 150 articles du Code civil, mais il revêt à chaque fois des caractéristiques très hétérogènes³¹⁷. Par exemple, le statut d'un tiers créancier chirographaire ne peut être celui d'un tiers créancier détenteur de privilèges. De même, un tiers désintéressé du contrat de vente ne peut être celui qui, avec l'accord des parties, en fixe le prix, etc.

184. Par ailleurs, la qualité du tiers est une affaire de gradation : plus on s'éloigne du cercle délimitant le champ contractuel des parties, plus le tiers, gravitant autour, devient de plus en plus étranger à ce rapport et plus il se rapproche du foyer contractuel³¹⁸, plus il est susceptible d'être concerné par l'effet obligatoire du contrat. Autrement dit, à l'extrémité de ce cercle, il y a des tiers qui n'ont ou n'auront³¹⁹ en principe aucun lien avec les contractants. Ce sont eux qu'on appelle habituellement les *penitus extranei* pour désigner les tiers profondément étrangers au contrat. D'autres, un peu en retrait, peuvent se retrouver en lien direct avec l'un des cocontractants, mais sont, en principe, à l'abri de l'effet obligatoire à l'image des créanciers chirographaires. En revanche, certains tiers, un degré plus proche du contrat, peuvent accéder aux droits et aux obligations de l'une des parties soit par l'un des mécanismes dérogatoires de l'effet relatif du contrat, soit par le mécanisme

³¹³ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd., V tiers.

³¹⁴ *Id.*

³¹⁵ Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, thèse de doctorat, droit, préf. Jean HAUSER, L.G.D.J., 2000, p.1.

³¹⁶ Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, Vol. I, Sirey, Paris, 1961, n° 234, p. 215.

³¹⁷ Audrey GOUGEON, *L'intervention du tiers à la formation du contrat*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Sandrine CHASSAGNARD-PINET et Pierre-Yves VERKINDT, Lille, 2017, n° 4, p.15.

³¹⁸ Jean Louis GOUTAL, *op. cit.*, n° 12, p.23.

³¹⁹ Nous verrons par la suite que la qualité de tiers peut évoluer. En effet, la qualité d'un *penitus extranei* à la formation du contrat est sceptique de changer au moment de l'exécution celui-ci.

de substitution. On peut citer ainsi, les ayants cause universels, à titre universel ou à titre particuliers, ceux-ci peuvent se voir attirés au rapport contractuel et ainsi subir son effet obligatoire.

185. La notion de tiers se caractérise manifestement par sa diversité, elle est certes hétérogène, mais bien loin du concept romain des *alii*³²⁰ qui, selon WEILL, sont devenus les tierces personnes chez DOMAT. Expression qui sera ensuite adoptée par POTHIER lors de la codification de 1804. Ce dernier déclare distinctement : « *c'est un principe, que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, et qu'elles ne peuvent par conséquent acquérir aucun droit à un tiers qui n'y était pas partie* »³²¹. Ainsi, une appréhension de la qualité des tiers permet une délimitation de la notion d'opposabilité, à laquelle le tiers est souvent associé, et à la détermination de son degré. Cette qualité n'est pas statique, car le statut d'un tiers à la formation du contrat peut être différent de celui à l'exécution. C'est donc l'intérêt des tiers pour la situation juridique des parties qui déterminera leurs statuts. Deux qualités peuvent donc leur être reconnues : des tiers totalement désintéressés de la situation juridique et des tiers qui ont un intérêt direct ou indirect à l'acte juridique (2).

1. Distinction entre parties et tiers

186. La distinction des qualités de partie et de tiers a une utilité : faciliter la détermination du domaine de l'effet obligatoire et celui de l'opposabilité, mais surtout de qualifier les personnes possédant en commun un certain statut et, spécialement, certaines prérogatives essentielles à l'égard du contrat³²². Les tentatives de distinction ne sont pas nouvelles. Des auteurs tels que M. GHESTIN³²³, AUBERT³²⁴ ou encore M^{me} GUELFUCCI-THIBIERGE³²⁵ se sont évertués à cette entreprise, et ce, pour essayer de faire sortir la doctrine de la relative « *torpeur* » qui était la sienne à propos de ladite distinction et du principe de l'effet relatif des conventions³²⁶. Effectivement, et si l'on doit présenter brièvement ce qui est classiquement admis en ce sens, l'on

³²⁰ « Les autres »

³²¹ Robert-Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, t. 1, Debure, 1768, n° 54.

³²² Jacques GHESTIN, « *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers* », *RTD Civ.*, 1994, n° 5.

³²³ Jacques GHESTIN, « *La distinction entre les parties et les tiers au contrat* », *JCP* 1992, I, 3628 ; *Id.*

³²⁴ Jean-Luc AUBERT, « *À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers* », *RTD Civ.*, 1993, p. 263 et s.

³²⁵ Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, « *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif* », *RTD Civ.*, 1994, p. 275 et s.

³²⁶ Jean-Luc AUBERT, *op. cit.*, n° 24.

constatera que la conception classique de la distinction des parties et des tiers retient généralement pour la notion de partie une définition très étroite ; une étroitesse dont elle déduit la teneur de la catégorie de tiers³²⁷. Dans cette conception, les parties se définissent comme les personnes qui ont voulu conclure un acte juridique. L'idée centrale est la suivante : on ne peut être tenu d'une obligation que si l'on y a consenti. La volonté de contracter est donc un critère décisif de la définition de la qualité de partie. Ainsi, sont considérées comme parties au contrat les personnes contractantes, les personnes représentées — il est question ici de la représentation parfaite et non de la représentation imparfaite ou légale — et celles qui succèdent aux parties au contrat. S'agissant de ces dernières, on pense évidemment aux ayants cause universels ou à titre universel qui acquièrent la qualité de partie à la suite à une succession pour cause de mort de l'auteur du contrat, soit à la suite d'une transmission entre vifs : donation, cession de contrat, fusion ou absorption de sociétés. En dehors de ces personnes, toute autre personne est considérée comme tierce au contrat. Précisons tout de même que la notion de tiers se subdivise en diverses catégories. On y trouve ainsi : les « véritables tiers », c'est-à-dire les *penitus extranei* qui n'ont aucun lien de droit avec le contrat ni avec les parties, et les « faux tiers », c'est-à-dire les personnes qui ne sont pas tout à fait des tiers sans pour autant être parties au contrat. Ce sont les créanciers chirographaires, les ayants cause à titre particulier... etc.

187. Dans un article paru en 1992 à la semaine juridique³²⁸, suivi de son traité de droit civil³²⁹, M. GHESTIN proposa une distinction renouvelée, ou plutôt une *redistribution*³³⁰, des qualités de partie et de tiers. Renouveau qui, des années plus tard, fera écho et influencera en partie la rédaction de l'article 1199 du Code civil. La distinction exposée par M. GHESTIN intervient dans un contexte d'évolution de la théorie juridique, où l'on commença, afin de justifier les sujets de l'opposabilité et les destinataires de la force obligatoire, à se défaire du principe de la relativité, au point même de rejeter le dogme de l'autonomie de la volonté, qui est pourtant un critère indispensable du contrat³³¹. Justement, en ne se bornant pas à rejeter ce principe, M. GHESTIN, pour une qualification renouvelée de la notion de parties et de tiers, concilie le rôle de la volonté, qui caractérise le contrat en tant que procédure

³²⁷ V. Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, n° 6.

³²⁸ Jacques GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *op. cit.*

³²⁹ Jacques GHESTIN, Marc BILLIAU, *Traité de droit civil. Les obligations. Les effets du contrat*, L.G.D.J., 1992.

³³⁰ Jacques GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *op. cit.*, n° 24.

³³¹ Jacques GHESTIN, *Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 178-1 et s.

spécifique de création d'effets du droit, avec la prise en considération de l'idée que le contrat ne développe pas seulement des effets obligatoires à l'égard des personnes qui l'ont conclu, mais aussi à l'égard des personnes demeurées étrangères au cercle contractuel³³².

188. Ainsi, la distinction entre les deux qualités doit prendre en compte les multiples extensions de l'effet obligatoire du contrat³³³. En ce sens, M. GHESTIN disait que : « À côté des parties contractantes, c'est-à-dire les personnes qui ont effectivement donné leur consentement pour la formation du contrat, les parties liées, c'est-à-dire les personnes qui, bien que n'ayant pas donné leur consentement au contrat, sont cependant titulaires d'actifs ou passifs des effets obligatoires engendrés par ce dernier, par opposition aux tiers, qui ne sont concernés que par l'opposabilité de la situation juridique née du contrat »³³⁴. Autrement dit, dans la catégorie de partie — catégorie qui résulte de l'exigence cumulée d'une obligation par l'effet du contrat et d'une volonté de cet effet obligatoire —, l'auteur y distingue entre les parties contractantes et les parties liées. Tandis que dans la catégorie de tiers, l'auteur y regroupe les tiers « liés », qui se trouvent pris par l'effet obligatoire d'un contrat alors qu'ils n'y ont pas consenti, et les tiers « simples », c'est-à-dire les *penitus extranei*, qui sont seulement soumis au principe de l'opposabilité du contrat³³⁵. Cette distinction appelle donc à faire une dissociation entre les parties au moment de la formation du contrat et les personnes qui acquièrent la qualité de partie au moment de l'exécution de celui-ci, dissociation dont on en déduira par la suite une qualification de la notion de tiers, car toutes celles qui n'ont pas fait partie du contrat au moment de sa formation et qui n'ont pas acquis cette qualité au moment de son exécution sont par définition tierces définitives.

189. Nonobstant, le fait que la distinction de M. GHESTIN aboutisse à une certaine homogénéité en ce qu'elle « attribue soit la qualité de partie — contractante ou liée — soit celle de tiers — lié ou simple — »³³⁶, et « évite ainsi les qualifications ambiguës et fermement dénoncées de “parties assimilées” ou de “faux tiers” »³³⁷, elle a été néanmoins objectée. M. GHESTIN lui-même reconnaîtra dans un article, publié en réponse aux critiques d'AUBERT et de M^{me} GUELFUCCI-THIBIERGE, la pertinence des objections soutenues par ces auteurs. Suivant l'opinion d'AUBERT, la distinction proposée par

³³² Jacques Ghestin, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *op. cit.*, n° 24.

³³³ Jean-Luc AUBERT, *op. cit.*, n° 4.

³³⁴ Jacques GHESTIN, « Nouvelles propositions... », *op. cit.*, n° 1. V. également le même auteur : « La distinction... », *op. cit.*, n° 3.

³³⁵ V. en ce sens : Jean-Luc AUBERT, *op. cit.*, n° 23. L'auteur résume de manière concise la proposition de M. Ghestin.

³³⁶ Jean-Luc AUBERT, *op. cit.*, n° 24.

³³⁷ *Id.*

M. GHESTIN « consacre des distorsions difficilement compréhensibles. La plus notable est, sans doute, celle qui oppose des situations de droit pourtant semblables : ainsi le cessionnaire d'un contrat, qui se trouve substitué au cédant dans les différents rapports contractuels, reste-t-il un tiers, tandis que l'héritier, qui est lui-même substitué au défunt dans les droits et obligations nés du contrat conclu par celui-ci, devient une partie »³³⁸. Le même auteur poursuit en disant que la distinction « consacre, dans le même temps des solutions fortement teintées de paradoxe : ainsi pour le "tiers" bénéficiaire d'une stipulation pour autrui qui, se trouvant affublé de la qualité de partie, semble cesser de même coup de constituer une dérogation légale au principe de l'effet relatif du contrat »³³⁹. Au surplus du fait que la distinction de M. GHESTIN conduit à opposer des situations de droit semblables, celle-ci ne sert pas « à définir le champ de l'effet obligatoire du contrat, puisque les personnes liées par lui, et notamment par l'ensemble des droits et obligations qu'il engendre, sont expressément réparties entre les deux qualifications de parties et de tiers »³⁴⁰.

190. Quant à M^{me} GUELFUCCI-THIBIERGE, elle tire de la distinction de M. GHESTIN deux conclusions : soit la distinction est inopportune et l'on doit la rejeter pour revenir à la distinction classique, soit la retenir et dans ce cas il faut lui apporter quelques ajustements qui serviront à en repenser les critères et la mise en œuvre³⁴¹. M^{me} GUELFUCCI-THIBIERGE propose donc une nouvelle façon d'élargir la notion de partie. En sus du critère temporel soulevé par M. GHESTIN, c'est-à-dire lorsqu'il distingue entre la phase où les parties forment le contrat et la phase où elles l'exécutent, l'auteure rajoute un nouveau critère : l'attribution de la qualité de partie par « l'effet de la loi ». M^{me} GUELFUCCI-THIBIERGE considère : « Alors qu'il est généralement admis aujourd'hui que la loi fonde la force obligatoire du contrat, qu'elle contribue à en définir voire à en modifier le contenu, rien n'empêche d'admettre que la loi puisse également attribuer la qualité de partie à une personne qui n'y a pas consenti, lorsque des impératifs supérieurs à sa volonté l'imposent »³⁴². Les parties se définissent d'après cette auteure : « comme les personnes soumises à l'effet obligatoire du contrat par l'effet de leur volonté ou par l'effet de la loi »³⁴³. Concernant les tiers, M^{me} GUELFUCCI-THIBIERGE les définit comme « toute personne qui n'est pas soumise à son effet obligatoire par l'effet de sa volonté ou par l'effet de la loi. Cela inclut deux catégories de personnes »³⁴⁴ d'une part « le

³³⁸ *Ibid.*, n° 29.

³³⁹ *Id.*

³⁴⁰ *Ibid.*, n° 30.

³⁴¹ V. Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *op.cit.*, n° 20.

³⁴² *Ibid.*, n° 24.

³⁴³ *Ibid.*, n° 25.

³⁴⁴ *Ibid.*, n° 33.

tiers non soumis à l'effet obligatoire du contrat » et d'autre part « *les tiers soumis à l'effet obligatoire du contrat* ». On trouve dans la première catégorie : les *penitus extranei*³⁴⁵, les créanciers chirographaires³⁴⁶ de l'une des parties et les ayants cause à titre particulier³⁴⁷. Pour ce qui est de la catégorie des tiers soumis à l'effet obligatoire du contrat, par effet de la loi, on y trouve principalement les bénéficiaires de la stipulation pour autrui³⁴⁸.

191. Pour notre part, ce qui nous semble certain à propos de cette distinction, c'est qu'on ne peut que partager l'idée selon laquelle, la position des sujets de droit est en perpétuel mouvement, et ce, en raison du fait que le contrat, comme disait AUBERT, « *n'est pas un mode fixé et hermétique clos, mais qu'il n'est qu'une composante du commerce juridique, avec lequel se développent d'inévitables interactions* ». C'est d'ailleurs le constat qui ressort, en filigrane, de la lecture de l'actuel article 1199 du Code civil qui, à juste titre, a des implications intéressantes sur la compréhension de ce que sont les « *parties* » et les « *tiers* » au sens de ce texte. Nous avons dit auparavant que la nouvelle rédaction de l'article 1199 est venue faire la réformation de certains termes et dispositions de l'ancien article 1165. Effectivement, quand l'alinéa 1 du nouvel article s'intéresse aux « *parties* », et non pas aux « *parties contractantes* » comme le faisait l'ancien article, tout en disposant que « *le contrat ne crée d'obligations* » qu'entre ces personnes, il faut comprendre, d'une part, que l'article ne restreint plus la compréhension de la notion de partie aux seules personnes qui ont voulu contracter, mais élargie et étend implicitement le domaine de la notion à d'autres. Désormais, ce n'est plus les seules parties signataires qui peuvent être désignées comme les destinataires de l'obligation créée par elles, mais il se peut que des personnes qui étaient tierces au contrat, au moment de sa formation, puissent endosser cette qualité au moment de son exécution — partie liée de M. GHESTIN —. Le législateur s'adresse donc aux parties en leur disant : « vous qui êtes sur le point de créer une obligation, sachez que celle-ci ne peut avoir, pour le moment, comme sujet un non-signataire, mais sachez également que cette situation n'est pas figée, car il se peut que des sujets non-signataires soient liés par cet effet obligatoire »³⁴⁹.

192. D'autre part, lorsque le même texte vise la question de la création d'« *obligations* » plutôt que de viser les « *effets* » du contrat comme disposait l'ancien

³⁴⁵ *Ibid.*, n° 34.

³⁴⁶ *Ibid.*, n° 35.

³⁴⁷ *Ibid.*, n° 36.

³⁴⁸ *Ibid.*, n° 38.

³⁴⁹ V. pour un raisonnement identique : Olivier DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, *op. cit.*, n° 139, p. 128.

article 1165, il fait en réalité une distinction entre la *force obligatoire* du contrat et l'*effet obligationnel* de celui-ci³⁵⁰. Les obligations créées ne peuvent donc peser que sur les seules parties, les tiers en sont exclus. En revanche, l'*effet obligatoire* du contrat, qui ne se limite pas seulement à la création d'obligations, les tiers ne peuvent en ignorer les conséquences³⁵¹ et peuvent même s'y trouver liés activement ou passivement bien qu'ils n'y aient pas consenti — les tiers liés de M. GHESTIN³⁵² —. Parlant justement des tiers, ces derniers sont explicitement mentionnés à l'alinéa 2 du même article. Cet alinéa fait référence aux tiers en leur rappelant qu'ils ne peuvent ni *demandeur* l'exécution ni *se voir contraints* d'exécuter l'obligation créée par les parties, sauf s'ils se retrouvent visés par les exceptions du Chapitre III du titre IV, c'est-à-dire lorsqu'on mobilise à leur égard l'une des actions ouvertes au créancier, et c'est là où l'article ne fait plus ressortir la distinction.

193. On peut ainsi dire que l'article 1199 du Code civil impose une adéquation entre deux qualités : celle « *d'auteur* » de l'obligation et celle du « *destinataire* » de l'effet obligationnel³⁵³. En effet, et à l'inverse de la compréhension qu'on faisait de l'ancien article où l'on superposait les qualités d'auteur de l'obligation contractuelle et de destinataire de l'effet obligationnel au moment de la formation du contrat, l'analyse affinée du nouvel article permet donc de dépasser cette confusion. Sans nul doute, l'emploi du seul mot « *partie* » pour recouvrir les deux qualités ne pouvait correspondre à la réalité quand les effets du contrat sont transférés ou étendus à l'égard des non-signataires. De toute évidence, au risque de se répéter, lorsqu'on évoque la notion de partie au contrat, cette notion peut désigner en même temps l'auteur de l'obligation contractuelle et le destinataire ou le sujet de celle-ci. Il n'est bien entendu pas une condition, pour être qualifié de « *partie* », d'être à la fois partie à la formation du contrat et partie destinataire des effets de celui-ci, car une partie qui participe à la création d'obligations peut, au moment de l'exécution, ne pas en être le sujet ou le destinataire, et l'inverse est tout aussi vrai. La raison en est simple : la qualité de partie est évolutive et graduelle³⁵⁴. Évolutive, car il est fort probable de voir, au cours de la vie d'un contrat, la qualité de partie, auteur du contrat, évoluer vers une autre qualité, notamment rejoindre le champ des tiers, et ce, à travers des mécanismes translatifs de la position contractuelle — succession pour cause de mort,

³⁵⁰ V. en ce sens : Pascal ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », *op. cit.*

³⁵¹ V. en ce sens : Gaël CHANTEPIE, *Répertoire de droit civil — Contrat : effets — Rayonnement du contrat*, Dalloz, n° 101.

³⁵² Jacques GHESTIN, « *Nouvelles propositions...* », *op. cit.*, n° 2.

³⁵³ V. Olivier DESHAYES, *op. cit.*, n° 139, p. 128.

³⁵⁴ V. par exemple : Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Droit civil, Les obligations*, éd. 4^{ème}, Cujas, 1993, n° 657.

transmission entre vifs par donation, par cession de contrat, par fusion ou par absorption de sociétés, etc. — . Graduelle, parce qu'à l'instar des « *faux tiers* », il y a également les « *fausses parties* ». L'exemple donné est celui du mandat ou de la représentation parfaite. Dans cette optique, le représentant participe à la conclusion du contrat et à la création de l'effet obligationnel « *par une manifestation de volonté au second degré* »³⁵⁵, mais il n'en sera pas le sujet, car seul le représenté est le destinataire de cet effet.

194. Le même raisonnement vaut également pour les tiers. Là encore, la qualité de tiers est évolutive et sujette à gradation. On le verra³⁵⁶, la qualité de tiers est évolutive, car un tiers au contrat peut être en réalité tiers à la formation du contrat, c'est-à-dire un tiers à l'échange du consentement donnant naissance au contrat et à l'obligation contractuelle, ou tiers à l'exécution de celui-ci. De la même façon que la qualité de partie, il n'est pas une condition, pour endosser la qualité de tiers, d'être à la fois tiers à la procédure contractuelle et aux effets de l'obligation créée. Un tiers peut être tiers à la formation, mais peut devenir une partie au cours de la vie du contrat. La qualité de tiers est aussi une affaire de gradation, car plus on s'éloigne du champ contractuel, plus le tiers est moins concerné par le contrat.

195. Pour finir, quelle distinction faut-il retenir ? Faut-il se contenter de la distinction classique qui considère, sans autre précision, que la notion de partie désigne toute personne ayant donné son consentement pour conclure un contrat — volonté au moment de la conclusion du contrat — et que le tiers est toute personne qui n'a pas participé à ce processus ? Ou faut-il retenir une analyse qui s'inscrit dans une conception renouvelée des sujets de l'effet obligatoire et de l'opposabilité, et ce, en prenant en compte les enseignements tirés de la proposition de M. GHESTIN, c'est-à-dire une distinction basée sur la volonté d'être lié par le contrat, tout en prenant en compte les critiques d'AUBERT et de M^{me} GUELFUCCI-THIBIERGE ?

196. Pour mener à bien l'étude des sujets de l'opposabilité en droit commun, mais également en droit de l'arbitrage, nous retiendrons donc la distinction qui place la volonté au cœur de la qualification, car, d'une part, la volonté est le critère du contrat et de la qualification de la notion de partie et, d'autre part, parce qu'elle est une condition *sine qua non* de l'arbitrage. Ainsi, en ce qui concerne la qualité de partie, nous pensons que le terme « *partie* » doit désigner toute personne liée par l'effet

³⁵⁵ Jacques GHESTIN, « *Nouvelles propositions...* », *op. cit.*, n° 16.

³⁵⁶ V. *infra* n° 473 et s.

obligatoire d'un acte dont elle a compris et consenti les termes de manière explicite et effective, consentement qui ne peut être soumis à interprétation. Dans cette catégorie, il sera question des parties au moment de la formation du contrat et des parties au moment de l'exécution. Dans cette seconde catégorie, seules les personnes recevant l'ensemble des droits et obligations seront considérées comme parties. Par conséquent, sont donc parties au moment de l'exécution du contrat : les personnes qui succèdent au *de cuius*, les personnes bénéficiaires d'un transfert total ou partiel de patrimoine à titre gratuit — donation —, ou à titre onéreux — cession de contrat, fusion ou absorption de sociétés —.

197. Quant à la qualité de « tiers », on retiendra la définition classique. Effectivement, le tiers est toute personne étrangère à la formation du contrat, c'est-à-dire qu'elle n'a pas donné son consentement à la naissance de celui-ci et des obligations qu'il crée, et qui continue d'être étrangère au moment de l'exécution — *penitus extranei* —. S'ajoutent à cette catégorie les personnes qui n'ont pas endossé totalement la qualité de partie. On vise ici la catégorie intermédiaire des tiers, c'est-à-dire les personnes qui ne sont plus tout à fait des tiers, mais pas complètement des parties au contrat non plus³⁵⁷. Au sein de la catégorie des tiers, il existe de multiples sous-catégories plus ou moins proches du cercle contractuel. Entre la catégorie des tiers les plus proches du cercle contractuel, c'est-à-dire les tiers ayants cause à titre particulier ou les parties devenant tierces au contrat, exemple du cessionnaire d'une créance, et les *penitus extranei* il y a une catégorie intermédiaire comportant les tiers suivants : le tiers conjoint d'un contractant, le tiers appartenant à un groupe de contrats ou de sociétés, le tiers créancier chirographaire, les tiers bénéficiaires d'une stipulation pour autrui, ou encore d'une promesse de porte fort. C'est donc sur la base de cette distinction que seront étudiés les sujets de l'opposabilité en matière interne et en matière d'arbitrage, et sur laquelle nous reviendrons dans une partie dédiée³⁵⁸. C'est ce que nous verrons dans les développements suivants.

2. L'opposabilité et la diversité des tiers

³⁵⁷ V. en ce sens les auteurs classiques : Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, *Les obligations. L'acte juridique*, éd. 5^{ème}, L.G.D.J, 1991, n° 435 et s. ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 1993, n° 472.

³⁵⁸ V. *infra* n° 482.

198. Nous examinerons l'opposabilité à l'égard de deux types de tiers : les tiers désintéressés ou les tiers *penitus extranei* (a) et les tiers intéressés (b).

a. *L'opposabilité à l'égard des tiers désintéressés*

199. **Nature de l'opposabilité aux *penitus extranei*.** Sont désignés comme tiers désintéressés les *penitus extranei*³⁵⁹ ou tiers absolus. Cette catégorie de tiers ne pose en principe pas de difficulté particulière, car ce sont des personnes qui n'ont avec les parties au contrat aucun lien juridique précis et leur activité contractuelle ne les intéresse que de façon très lointaine ; ils ne subissent pas les dérogations de l'effet relatif et ne succèdent pas aux droits et aux obligations des parties. Aussi, ils ne peuvent ni se prévaloir du contrat, ni s'en plaindre, car leur qualité est purement matérielle n'intéressant pas le droit tant qu'ils ne viendront pas au contact de la convention créée ou des parties contractantes³⁶⁰ ou se borneront à une assistance passive, à moins qu'ils aient accepté tacitement certains engagements, ou renoncer à un droit³⁶¹. En revanche, sans qu'il y ait besoin de stimuler un quelconque intérêt personnel par la situation juridique créée par le contrat³⁶², il leur incombe un devoir général de respect et une obligation de s'abstenir de tout comportement passible de faire obstacle à l'exécution du contrat d'autrui : une situation qui relève naturellement du domaine de l'opposabilité³⁶³, puisque le contrat existe à leur égard en tant que fait social.

³⁵⁹ « Terme latin signifiant "tout à fait étranger" servant à désigner les tiers "étrangers au contrat" qui ne sont pas obligés par celui-ci », in, Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. 10ème, v. *Penitus extranei*. D'après Georges RIPERT et Jean BOULANGER, c'est DUMOULIN qui appelait les tiers qui n'ont jamais été en relation juridique avec les contractants de *penitus extranei*, in, Georges RIPERT, Jean BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 2, L.G.D.J, Paris, 1957, n° 555, p. 212.

³⁶⁰ V. en ce sens : Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p 220.

³⁶¹ V. Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *op. cit.*, n° 235, p.216.

³⁶² Cette expression est empruntée au professeur Delmas Saint-Hilaire pour désigner l'intéressement des tiers à la situation juridique créée par l'acte juridique. V., *Ibid.*, p 219.

³⁶³ Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *op. cit.*, n° 245, p. 224 et s. : « Le contrat peut être opposé aux tiers *penitus extranei* dans diverses circonstances. D'abord, le contrat peut constituer un titre susceptible d'être invoqué contre les tiers. Ainsi il fait preuve aux yeux des tiers de la création ou de la constitution du droit qui en fait l'objet. L'acquéreur d'un bien pourra résister à la ronde situation d'un tiers en se prévalant de son titre d'acquisition bien que le revendiquant y soit étranger ; il en est de même si le contrat avait pour objet un droit personnel, l'opposable plus réduite de celui-ci étant indépendante de celle du droit lui-même (...) le contrat est encore un titre opposable aux tiers en ce sens qu'il permet à celui qui s'est enrichi par l'effet de ce contrat de résister à l'action in rem verso, le contrat constituant la cause de son enrichissement. Enfin le contrat peut être source de responsabilité pour un tiers. La jurisprudence admet, en effet, la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle ».

200. On peut ainsi dire que la situation des tiers *penitus extranei* s'apparente à de la neutralité ou de *l'indifférence*³⁶⁴ face à la situation juridique créée par le contrat d'autrui. De l'autre côté, le *penitus extranei* est également censé ne pas subir les répercussions de l'effet contractuel et aucun bouleversement ne doit, en principe, intervenir dans sa vie juridique en raison du fait de son extranéité totale du foyer contractuel et de l'objet du contrat. Dire cela, revient à affirmer que dans le cas contraire, le tiers n'est plus considéré comme totalement étranger au contrat, mais il devient un tiers intéressé et un acteur extérieur qui peut éventuellement changer le cours de la vie juridique des contractants. Cependant, ce rapport n'est pas seulement à sens unique. Aussi, si le tiers *penitus extranei* de par le fait de ses actes bouleverse positivement ou négativement la vie juridique d'autrui, les effets ainsi subis par les parties au contrat permettraient d'établir que ce tiers, en principe étranger, ne l'est plus. Ainsi, l'indifférence des uns face aux faits et aux actes des autres, est l'une des caractéristiques des *penitus extranei*.

201. Si le désintéressement total à la situation juridique d'autrui est le qualificatif du *penitus extranei* et tant qu'il reste à l'écart du foyer contractuel et à l'objet du contrat, l'opposabilité qui lui incombe ne modifie en rien sa propre situation juridique³⁶⁵. Ainsi se pose la question de savoir si l'effet relatif du contrat est à lui seul suffisant pour garantir ce respect. Surtout qu'avec le nouvel article 1199 du Code civil, le législateur semble avoir adopté une présentation plus stricte que celle de l'ancien article 1165, puisqu'il distingue la force obligatoire du contrat de ses effets obligationnels. En effet, l'ancien article 1165 qui paraissait jusqu'alors produire des conséquences abstraites à l'égard des tiers et visant les « *effets du contrat* », le nouveau texte vise désormais la création et les « *effets d'obligations* ». Par suite, le principe de l'effet relatif du contrat, cantonné aux seules obligations, réserve plus nettement l'opposabilité du contrat quand il s'agit des tiers intéressés. Autrement dit, l'opposabilité de l'article 1200 du Code civil, qui vient en réalité en complément de l'article 1199, concerne particulièrement les tiers qui ont un intérêt au contrat — plus proches du foyer contractuel — : une qualité habilitante³⁶⁶ de tiers intéressé. Ce

³⁶⁴ Par neutralité ou indifférence, on vise le désintéressement total de la situation juridique d'autrui. Tant que les tiers ne cherchent pas à entrer en contact avec les parties contractantes, ils sont neutres à ce rapport contractuel, car le contrat ainsi créé ne peut leur nuire ni profiter, et ce, quelle que soit la personne qui l'a formulé.

³⁶⁵ V. en ce sens : Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n° 76 et s., p. 52.

³⁶⁶ V. en ce sens : Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p 219. L'auteur qualifie les personnes intéressées par la situation juridique créée, de personnes seules susceptibles de se prévaloir de la qualité habilitante de tiers, ouvrant à son titulaire un droit à réaction, car selon cet auteur, le tiers se définit lors de la formation d'un contrat par exclusion de la qualité de partie contractante, en revanche lors de la phase d'exécution, il se qualifie par la situation générée par le contrat formé sans son consentement.

dispositif donne aux tiers la capacité de prétention, c'est-à-dire la qualité de se prévaloir du contrat d'autrui comme moyen probatoire et ainsi réagir contre les situations objectives perturbantes³⁶⁷ créées par le contrat, mais également il leur est contraignant puisque les tiers, s'ils font preuve d'un rapprochement *excessif* aux intérêts des contractants, peuvent se voir attirer à l'effet obligationnel. Alors qu'à l'égard des *penitus extranei*, totalement éloignés du cercle contractuel, on peut penser que seules les prescriptions de l'article 1199 du Code civil suffisent.

202. En réalité, malgré qu'ils soient profondément étrangers et restent à l'abri de tout effet positif ou négatif de la situation contractuelle, les *penitus extranei* sont bien des tiers exposés à l'opposabilité du contrat³⁶⁸. Cet attachement à l'obligation passive de respect, qui concernerait tout un chacun, est dû non seulement à la gradation dans la position du tiers comme nous l'avons évoqué précédemment, mais s'explique également du fait de son statut évolutif avec la vie du contrat³⁶⁹. En effet, certains auteurs de la doctrine moderne se sont efforcés de détacher l'attribution de la qualité de tiers de la seule phase de conclusion du contrat, car la position du tiers n'est pas statique, mais susceptible d'évoluer au moment de l'exécution du contrat³⁷⁰. M. DELMAS SAINT-HILAIRE estime à ce propos que : « (...) *L'acte juridique, qu'il soit conventionnel ou juridictionnel, crée une situation objective, qui en s'intégrant à l'ordre juridique, est susceptible d'affecter les intérêts de ceux demeurés tiers et de troubler leur "parfaite extranéité"* »³⁷¹. Cette approche est d'autant plus intéressante qu'il est désormais courant que la qualité de tiers ne s'acquière pas uniquement au moment de la formation de l'acte — *ab initio* ou *a posteriori* —, mais elle peut survenir et évoluer à son exécution.

203. Assurément, l'avenir du contrat est incertain, il peut y avoir une bonne comme une mauvaise exécution de celui-ci. Si les parties exécutent mal leur contrat, cela peut porter atteinte aux intérêts des tiers qui étaient, à ce stade, totalement étrangers et désintéressés de l'activité contractuelle en deviennent alors les premiers concernés. Par ailleurs, le contrat peut être transmis. Les ayants cause à titre universel qui étaient jusqu'ici tiers absolus, deviennent automatiquement des parties

³⁶⁷ *Id.*

³⁶⁸ Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n° 78 et s., p. 53

³⁶⁹ Ce que nous mettons en exergue ici, c'est le fait que le statut du tiers peut parfaitement évoluer de *penitus extranei* à un statut plus proche suivant les différentes phases de la vie du contrat. En effet, un tiers *ab initio* à la formation du contrat peut parfaitement évoluer *a posteriori*, mais aussi à l'exécution et à l'extinction.

³⁷⁰ V. en ce sens : Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Les obligations, op. cit.*, n° 657, p. 384 ; Jacques GHESTIN, Charles JAMIN et Marc BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, éd. 2^{ème}, L.G.D.J, 1994, n° 339, cité par : Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 7.

³⁷¹ *Ibid.* p. 8.

subséquentes au contrat perdant ainsi leur qualité de tiers et auxquelles s'impose désormais l'effet obligatoire et non l'opposabilité. Il est donc nécessaire de maintenir l'opposabilité, car elle est nécessaire à la coexistence des différents rapports juridiques présents et futurs.

204. En définitive, la position graduelle du tiers suppose que dans un degré plus proche, en contact direct avec la sphère contractuelle, se trouvent des tiers intéressés par le contrat. De par leur intérêt à ce rapport, ils ne seront certainement pas à l'abri de ses effets et peuvent facilement y porter atteinte comme y être directement impliqués. L'opposabilité est dotée, dans ce cas de figure, d'une force particulière.

b. L'opposabilité à l'égard des tiers intéressés

205. L'analogie de la gravitation. On peut établir l'analogie suivante : la loi universelle de la gravitation, décrit la force responsable de l'attraction entre les corps ayant une masse. Si le corps s'éloigne de l'attraction terrestre, celui-ci est, dit-on, en apesanteur. L'attraction contractuelle est ici identique à ce processus physique. Précisément, plus le tiers est proche du foyer contractuel, plus il est possible de l'attirer à l'effet obligationnel. En revanche, plus il s'éloigne, plus il devient indemne et les effets susceptibles de l'atteindre demeurent écartés. C'est ainsi que peut être décrite la relation des tiers intéressés avec le contrat d'autrui. Toutefois, cette loi de la physique ne peut être vérifiée sans une rotation et un mouvement perpétuel de la Terre assurant un champ de pesanteur en continu. *Mutatis mutandis*, le contrat sans exécution demeure dans son état statique et ne libérera que des effets très limités.

206. Dans la phase d'exécution contractuelle, le tiers renforce sa qualité d'intéressé, car le contrat, dans le cadre de son exécution, crée une situation objective qui, en s'intégrant à l'ordre juridique, est susceptible d'intéresser des personnes étrangères. Autrement dit, de toucher l'intérêt personnel de ceux demeurés dans un état de tiers³⁷². Il est donc question de déterminer ce que le contrat est capable d'engendrer comme effets susceptibles de modifier ou d'affaiblir la situation juridique des tiers. Certainement, l'assujettissement de ces tiers et l'intensité des contraintes imposées à leur égard dépendent exclusivement de ce qu'ils cultivent

³⁷² V. *Ibid.*, p. 219.

comme relation avec l'objet du contrat d'un côté et avec la personne de l'un des cocontractants de l'autre.

207. Il est donc naturel de reprendre l'intelligible distinction du Professeur Delmas Saint-Hilaire entre les tiers intéressés en raison de l'objet du contrat (i) et les tiers intéressés en raison du lien avec la personne de l'une des parties au contrat (ii).

i. Les tiers intéressés en raison de l'objet du contrat

208. **L'intéressement aux droits découlant du contrat.** Sont ici concernés les tiers qui ont un intérêt direct à l'objet du contrat. Deux cas de figure sont à distinguer. D'un côté, le contrat qui est à l'origine destiné pour soi-même et non pour autrui peut rayonner au-delà du cercle des parties contractantes et imposer certains de ses effets, d'abord, de manière indirecte à l'égard de tous ceux qui disposent sur le patrimoine de l'une des parties contractantes un droit de gage général, c'est eux que l'on appelle les créanciers chirographaires. Ensuite, un effet direct à l'égard des tiers qui acquièrent de l'une des parties un bien ou un droit objet du contrat, notamment les ayants cause à titre particulier. De l'autre côté, les contrats spécialement conçus pour créer à l'égard des tiers des droits et obligations. Certains de ces contrats sont consacrés comme dérogations à l'article 1199 du Code civil, d'autres ne le sont pas.

209. **Les tiers créanciers chirographaires.** On entend par chirographaire, le créancier, qui n'a aucune sûreté particulière et ne dispose que d'un droit de gage général au sens des articles 2284 et 2285 du Code civil. À la différence du *penitus extranei*, le créancier chirographaire est lié juridiquement à une ou plusieurs parties contractantes ; il est donc tiers intéressé dans la mesure où il n'est pas à l'abri de se retrouver indirectement affecté voir exposé aux contrats conclus par son débiteur en raison de la fluctuation de son patrimoine au gré de l'activité contractuelle. Ces contrats³⁷³ sont susceptibles de varier positivement ou négativement l'assiette du gage et ainsi permettre de renforcer ou d'affaiblir la possibilité pour ces créanciers d'être payés.

210. La doctrine classique a assimilé un certain temps le statut des créanciers à celui des ayants cause universels sur la base des anciens articles 2092 et 2093 du Code

³⁷³ Pour José DUCLOS, peu importe qu'il s'agisse de contrats de droit réel ou personnel, seule compte la composition du patrimoine endetté au moment du recouvrement des créances impayées, *in*, José Duclos, *op. cit.*, n° 147, p. 177.

civil. Il reste que cette doctrine a été rapidement abandonnée. Dans cette perspective, s'il en était ainsi, il aurait fallu admettre que le contrat conclu par le débiteur produise les mêmes effets à l'égard du créancier chirographaire qu'à l'égard des héritiers. Alors qu'elle ne voyait pas en cette assimilation de très grands intérêts, même si la jurisprudence a pu parfois se résoudre à de pareilles conclusions³⁷⁴, la doctrine moderne a voulu, cependant, assimiler le créancier chirographaire à l'ayant cause à titre particulier, car il possède sur les biens de son débiteur un droit de gage général et, en ayant ce statut, il peut éviter les conséquences des actes négligés ou frauduleux de son débiteur. Il n'en demeure pas moins que cette conception ne s'est pas soldée par un succès, car il serait inutile d'envisager d'autres garanties supplémentaires au droit de gage général à savoir le pacte de préférence ou la constitution de droits réels accessoires.

211. C'est pour cela que les créanciers chirographaires occupent une situation *sui generis*, permettant de les assimiler à aucun autre tiers. Une situation qui les met à l'écart et ils ne peuvent ainsi exiger aux parties l'exécution, car leur statut ne peut déroger aux dispositions de l'article 1199 du Code civil. Cependant, cet éloignement du rapport contractuel des parties se traduit par un devoir d'abstention et donc d'un effet opposable particulier qui oblige les tiers chirographaires à en subir les conséquences en cas d'atteinte. Or, cette opposabilité n'est pas seulement négative à leur égard, elle est également positive. C'est la raison pour laquelle l'article 1199 du Code civil, au moment où il exprime le principe de l'effet relatif, le fait sous réserve de deux actions exceptionnelles qui sont l'action oblique et paulienne. La première accorde au créancier le droit d'exiger à la place de son débiteur les droits et actions que celui-ci néglige d'exercer contre son propre débiteur au sens de l'article 1341-1 du Code civil. La seconde permet au créancier d'attaquer les actes que son débiteur avait accomplis en fraude de ses droits au regard de l'article 1341-2 du Code civil. On peut dire à ce titre que les limites de l'article 1199 du Code civil prennent alors tout leur sens. Le raisonnement est simple : ce qui enrichit ou qui appauvrit le premier, suivant qu'il a conclu une convention avantageuse ou désavantageuse, augmente ou diminue les chances du second d'être payé³⁷⁵.

212. L'opposabilité du contrat au et par le créancier chirographaire présente un intérêt particulier dans la mesure où le principe de l'opposabilité dépasse le cadre

³⁷⁴ Cass. Civ, 11 février 1946, *Gaz. Pal.*, 1946. 1. p.137.

³⁷⁵ V. en ce sens : Jean FLOUR, Jean-Louis AUBERT, Éric SAVAUX, *op. cit.*, n° 457, Adde François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 498, *cité par* : Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n° 91, p. 59.

purement théorique — le cas des autres tiers au contrat — et intègre un cadre pratique puisque l’opposabilité devient active et positive³⁷⁶. Ceci étant et hormis les actions — oblique ou paulienne —, cette opposabilité particulière est parfois conditionnée par la publicité, nous aurons l’occasion de le détailler. À défaut, la loi permet aux créanciers chirographaires de s’y soustraire. Par ailleurs, à l’inverse de ces créanciers chirographaires, se trouve les ayants cause à titre particulier qui sont directement touchés par l’effet obligationnel du contrat.

213. Les tiers ayants cause à titre particulier. On désigne par ayant cause à titre particulier, la personne qui recueille d’une autre personne, que l’on appelle son auteur, non pas l’ensemble des droits et obligations comme c’est le cas pour les ayants cause universels ou à titre universel, mais un bien ou un droit déterminé — *exemple : un meuble, un immeuble ou une créance* —. Ils ont donc un lien juridique étroit avec les parties, ce qui semble parfois plus délicat à appréhender. Justement, l’une des questions est en rapport direct avec le bien transmis. En effet, si l’ayant cause était tiers aux actes de leur auteur, le serait-il encore lorsque ces actes touchent directement le droit ou le bien qu’il recueille ? Encore, faut-il qu’il accède passivement ou activement à ces droits ? Pour répondre à ces deux questions, il est nécessaire de préciser, d’abord, la nature des actes conclus par l’auteur avant même qu’il y ait eu une cession ou transmission. En effet, avant qu’ils obtiennent le statut d’ayants cause à titre particulier, ces derniers étaient antérieurement qualifiés de *penitus extranei* et seul le devoir de ne pas empiéter sur l’exécution du contrat d’autrui leur incombait. Après la cession, le devoir de respect continue avec le contrat, bien que celui-ci change de mains. On peut ainsi dire que l’ayant cause à titre particulier ne peut échapper au principe de l’opposabilité. Ensuite, en ce qui concerne la question de savoir si la transmission des droits réels se fait avec les droits et les obligations attachés à ce bien, la réponse est aussi évidente, car bien qu’elles aient un caractère personnel attaché à leur auteur, certaines obligations n’ont de raison d’exister que par rapport à un bien déterminé³⁷⁷. Alors, l’ayant cause à titre particulier succède à la totalité des droits et obligations qui constituent le droit réel. Prenons l’exemple de l’acquéreur d’un immeuble, ce dernier ne peut échapper aux hypothèques, grevant cet immeuble et antérieures à la vente. Aussi, on ne peut reprendre possession de son terrain qu’après l’extinction de l’usufruit consenti par le cédant.

³⁷⁶ V. en ce sens : Jean-Marie AUSSEL, *Essai sur la notion juridique de tiers en droit civil français*, thèse de doctorat, droit, Montpellier, 1953, p.94, cité par : *Id.*

³⁷⁷ V. en ce sens : Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *op. cit.*, n° 560, p.214.

214. Ainsi, on ne peut se soustraire à l'idée que la relation qui incombe à l'aliénataire n'est autre qu'un devoir de respect et d'abstention de porter atteinte aux actes que l'aliénateur avait conclus antérieurement à l'acte d'aliénation. D'emblée, il faut dire à ce propos que la justification de ce devoir est restée très confuse. En effet, pour certains auteurs de la doctrine classique, la transmission des droits relatifs au bien peut être qualifiée de dérogation au principe de l'effet relatif du contrat³⁷⁸. Pour d'autres, ils proposent de retenir la justification d'Aubry et Rau selon laquelle, les droits relatifs à la chose transmise susceptibles de bénéficier à l'acquéreur sont identifiés comme « *qualités actives ou qui en sont devenus des accessoires* »³⁷⁹.

215. Cependant, plusieurs hypothèses sont à distinguer. Dans une première hypothèse où le droit transmis n'est autre que le contrat lui-même, exemple de la cession de contrat ou de créances, il n'y a ici pas de difficulté particulière, puisque le cessionnaire se substitue au cédant ; un déplacement des effets du contrat ou de la créance du cédant au cessionnaire. En revanche, la transmission se complique sensiblement lorsqu'il s'agit de recueillir un bien. Il s'agit de savoir si l'ayant cause à titre particulier serait plus touché que ne l'aurait été un simple tiers par les effets du contrat initialement conclu entre son auteur et l'autre partie. En réalité, tout dépend de la nature de ce contrat. Si le contrat initial conclu par son auteur est sans rapport et sans incidence avec le bien transmis, l'ayant cause à titre particulier est incontestablement un tiers à ce rapport. Ce contrat lui sera certes opposable, comme il est à tout un chacun, mais il ne le rend ni créancier ni débiteur à la place de son auteur. Pour illustrer, si je vends une voiture à un ami et que celui-ci vend un immeuble à un couple de Parisiens. Il est certain que ces derniers, ayants causes particulier de mon ami, ne seront pas tenus de me payer le prix de la voiture. En revanche, si le contrat initial porte sur le bien transmis, la situation est différente. Il revient donc dans ce cas de préciser si le contrat est constitutif de droits réels ou générateur d'obligations.

216. Effectivement, si le contrat en question est constitutif de droits réels au profit ou à la charge de l'ayant cause à titre particulier, il lui est non seulement

³⁷⁸ M. Goutal disait par exemple du droit de suite, prérogative qui caractérise le droit réel, comme « *une redoutable dérogation au principe de l'effet relatif du contrat. Le contrat qui établit une servitude va bénéficier à tous les ayants cause particuliers de la partie propriétaire du fonds dominant, obliger tous les ayants cause particuliers de la partie propriétaire du fonds servant... etc.* », cité par, Jean Louis GOUTAL, *Essai sur le principe...*, op. cit., n° 80, p.66.

³⁷⁹ Charles AUBRY et Charles RAU, op. cit., § 175, pp. 97 et 98. La formule est la suivante : « le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose corporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose comme qualités active, ou qui en sont devenus des accessoires ».

opposable *erga omnes*, mais le recueille activement ou passivement avec le bien transmis. L'exemple type est celui de la servitude de passage sur un terrain. Dans cette situation, l'ayant cause à titre particulier peut bénéficier d'une servitude de passage consentie par un voisin du cédant. Mais il peut également la subir, si le cédant l'a consentie à son voisin. Dans les deux cas, l'acte concédant la servitude de passage est opposable à l'ayant cause à titre particulier. Si à présent le contrat est générateur de droits et obligations, il faut distinguer entre le contrat générateur de droits relatifs aux biens transmis et celui générateur d'obligations. Pour le premier cas, le droit français ne reconnaît pas de principe allant dans le sens que l'ayant cause à titre particulier recueille automatiquement tous les droits relatifs aux biens transmis. Ils se font par des transmissions spéciales comme la cession de créances ou la subrogation personnelle. En revanche, ce qui est transmissible automatiquement, ce sont toutes les créances et actions indissociables de la chose³⁸⁰ ou qui en constituent l'accessoire³⁸¹. Cependant, quant aux obligations afférentes le bien transmis, la jurisprudence a régulièrement rejeté cette transmission passive³⁸² à l'ayant cause à titre particulier, à moins qu'il les ait acceptées. Quelle que soit la justification, ce que l'on peut retenir, c'est que les conventions qui ont été conclues par leur auteur antérieurement aux actes d'aliénation sont opposables à l'ayant cause à titre particulier. Qu'en est-il à présent de l'opposabilité des contrats conçus pour agir à l'égard des tiers ?

217. Les tiers associés à l'exécution du contrat. Nous avons dit auparavant que le premier alinéa de l'article 1199 du Code civil interdit toute extension de l'effet obligatoire du contrat à l'égard des tiers ou de les rendre créanciers ou débiteurs, mais le second alinéa de cet article, qui dispose que : « *Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du Chapitre III du Titre IV* », porte certaines dérogations autorisant un tiers à devenir débiteur ou créancier. Si l'on se réfère aux dispositions de l'article désignées par « *la présente section* », c'est-à-dire celle relative aux effets du contrat à l'égard des tiers, les exceptions sont d'une part le porte-fort et la stipulation

³⁸⁰ V. en ce sens : par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2018, n° 17-20.627 ; la Cour a considéré que l'action contractuelle pour faute dolosive du constructeur est attachée à l'immeuble et donc transmissible aux acquéreurs successifs.

³⁸¹ V. En ce sens par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n° 97-14879 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 04-20842 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 juill. 2013, n° 12-21910.

³⁸² Par exemple il a été refusé à l'acquéreur d'un fonds de commerce de recueillir la dette de non-concurrence souscrite par le vendeur (Cass. com., 1^{er} avril 1997, n° 95-12025) ; de recueillir les obligations nées des contrats en cours (Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13118) ou de voir le cessionnaire lier par le cautionnement contracté par le cédant (Cass. com., 1^{er} avril 1997, n° 94-17178).

pour autrui. Quant aux dispositions « *du Chapitre III du Titre IV* », elles concernent les actions ouvertes au créancier, à savoir l'action oblique, l'action paulienne et l'action directe en paiement. Mais pour traiter d'une manière très large les situations dans lesquelles un tiers peut se retrouver bénéficiaire d'un droit ou contraint d'exécuter une obligation, il faut dépasser la liste des exceptions donnée par l'article 1199. En effet, d'autres catégories de tiers existent, mais ne sont pas toutes présentes comme dérogation dans ledit article. Nous devons donc distinguer les contrats, créateurs d'obligations, engageant autrui des contrats, créateurs de droits, stipulés au profit d'autrui. S'agissant du tiers engagé à l'exécution du contrat, on peut ainsi citer le tiers bénéficiaire d'une promesse de porte-fort et les tiers qui se retrouvent concernés par les contrats dits collectifs — convention collective de travail, contrat collectif en matière agricole, les accords collectifs de location, contrats collectifs organisant la copropriété immobilière, etc. — . Au sujet du tiers bénéficiaire de l'exécution du contrat, on peut énumérer l'exemple du tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire des biens d'autrui — divers mécanismes : fiducie, mandat, etc. — .

- ii. Les tiers intéressés en raison du lien avec la personne du contractant

218. L'opposabilité et la *situation personnelle* du tiers. Là encore, le tiers se rapprochant de très près du foyer contractuel peut se retrouver, contre son gré, débiteur d'un contrat auquel il n'a pas donné son consentement. Cette fois-ci, ce ne sont pas les biens ou l'objet du contrat qui sont mis en cause, mais bien la situation personnelle du tiers et du lien qui l'unit avec la personne de l'un des cocontractants. D'abord, il faut préciser que la « *situation personnelle* » implique un état juridique dont l'existence se conçoit par un ensemble complexe de droits et de devoirs constituant un statut juridique déterminé³⁸³. Par exemple, l'institution du mariage permet de déterminer un statut juridique matrimonial précis garantissant aux époux, suivant le régime choisi, de protéger le patrimoine commun contre la défaillance de l'un des époux. En outre, lorsqu'il s'agit de répondre aux dettes de la société, la forme juridique de la personne morale permet d'établir un cadre et un statut dans lequel chaque associé pourra être tenu de répondre ou pas aux dettes sociales. Ainsi, l'extension des effets du contrat à l'égard du tiers intéressé en raison de son lien avec

³⁸³ V. en ce sens : Philippe DELMAS-SAINTE-HILAIRE, *op. cit.*, p.274.

la personne du cocontractant, peut être appréhendée en raison de la position que certains tiers occupent lorsqu'ils sont appelés à répondre à l'obligation légale de solidarité passive, ou encore du fait du lien matrimonial dans lequel l'époux du débiteur contractant, marié sous le régime de communauté légale, se retrouve obligé de régler le passif en cas de fautes de gestion. Enfin, on peut penser à la situation du tiers débiteur de l'une des parties.

219. Le tiers assujetti à l'obligation légale de solidarité passive. En raison de leur lien personnel, nous nous interrogeons sur la portée réelle de la solidarité passive légale permettant à un créancier de réclamer à un tiers l'exécution d'une obligation à laquelle il n'a pas contribué, ce qui constitue sans doute un mécanisme dérogatoire à l'effet relatif des contrats. La solidarité passive est prévue à l'article 1313 du Code civil. En vertu de cet article : « *La solidarité entre les débiteurs oblige chacun à toute la dette* ». L'intérêt de cette solidarité est de permettre au créancier de réclamer la totalité de la dette à l'un ou l'autre des codébiteurs pour ne pas supporter à lui seul le risque d'insolvabilité de l'un d'entre eux ; une façon de transférer le risque et de le faire partager par chacun des codébiteurs. Ainsi, on analyse cette mécanique solidaire en une garantie de paiement qui peut être, selon l'article 1310 du Code civil, conventionnelle ou légale et peut éventuellement être assimilée aux sûretés personnelles et plus particulièrement au cautionnement³⁸⁴. Cela étant, nous nous intéresserons ici à la solidarité passive légale. Cette obligation de solidarité créée par la loi peut être aperçue comme une atteinte à l'effet relatif du contrat, contrairement à la solidarité passive conventionnelle où la volonté des parties l'écarte d'emblée comme mécanisme dérogatoire au principe de relativité.

220. La loi prévoit l'application de plein droit de la solidarité passive dans de nombreuses hypothèses. À titre non exhaustif, on peut citer les cas des co-emprunteurs³⁸⁵ ou des co-mandants³⁸⁶, des héritiers appelés pour le paiement des droits de mutation³⁸⁷, ou celui des époux ou des partenaires pacsés contractant une dette pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants³⁸⁸. De surcroît, en cas de responsabilité, les parents sont solidaires des dommages causés par leurs enfants mineurs habitant avec eux³⁸⁹, ou encore la solidarité passive du producteur d'un

³⁸⁴ V. en ce sens : Jérôme FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 283, p. 271.

³⁸⁵ C. civ., art. 1887.

³⁸⁶ C. civ., art. 2002

³⁸⁷ CGI, art. 1709.

³⁸⁸ C. civ., art. 220.

³⁸⁹ C. civ., art. 1242, al. 4.

produit fini et de celui d'une partie composante de ce produit³⁹⁰. On pense aussi à d'autres combinaisons possibles notamment en droit cambiaire et commercial, c'est le cas, par exemple, de la solidarité entre les signataires d'une lettre de change³⁹¹, d'un billet à ordre³⁹² ou d'un chèque³⁹³, entre le bailleur de fonds de commerce et le locataire-gérant pour les dettes contractées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds³⁹⁴, entre les associés en nom collectif et les associés commandités pour les dettes sociales³⁹⁵, etc. Partant, autant de possibilités que la loi a prévu pour partager la responsabilité ainsi que le risque d'insolvabilité entre les codébiteurs.

221. Portée de la solidarité légale passive. À première vue, on ne voit pas comment la solidarité passive pourrait exister eu égard au principe de la relativité, néanmoins la loi a conféré autoritairement aux tiers la qualité de débiteurs, dans un souci de justice distributive³⁹⁶ ; il se trouve en réalité que le tiers recevant ces effets est en rapport personnel certes, mais ce rapport est établi dans un but précis. On suppose que l'acte conclu par le débiteur était nécessairement dans l'intérêt du rapport qu'il entretient avec le tiers. Il peut porter sur un droit, dans ce cas, c'est la solidarité active qui peut être envisagée, mais aussi sur une obligation. Dès lors, il est naturel de voir un tiers répondre aux obligations du débiteur même si ce dernier ne l'a pas incorporé dans un processus décisionnel. L'exemple des conjoints est ici intéressant, puisque les dispositions de l'article 220 du Code civil prévoient que chaque époux a le pouvoir de passer seul les contrats relatifs à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants. La dette ainsi contractée concourt naturellement à un but bien défini comme celui d'entretenir la famille. Les deux époux doivent donc y répondre solidairement, peu importe la personne qui a contracté³⁹⁷. On parle donc de l'opposabilité de la dette à l'époux tiers à la convention. Il en résulte que la solidarité passive est une modalité d'une pluralité de débiteurs, où chacun d'eux est tenu du tout à l'égard du

³⁹⁰ C. civ., art. 1245-7

³⁹¹ C. com., art. L. 511-44.

³⁹² C. com., art. L. 512-3.

³⁹³ C. com., art. L.131-51.

³⁹⁴ Sous conditions de l'article L 144-7 du Code de commerce, c'est-à-dire jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant six mois à compter de la date de publication.

³⁹⁵ C. com., art. L 221-1, L.222-1 al. 1 et L. 226, al. 1.

³⁹⁶ Philippe DELMAS-SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p.274

³⁹⁷ Il faut préciser tout de même que cette solidarité n'est pas applicable en cas de concubinage ; v. Cass. civ. 1^{ère}, 27 avril 2004, *Bull. civ. I*, n° 113, *D.* 2004. L'absence de statut, de règles générales fait à cet égard du concubinage une union singulière. il est coutume de dire que le concubinage est protéiforme, laissé à la libre volonté du couple, une situation de chacun pour soi rendant ainsi l'application de la solidarité particulièrement difficile.

créancier³⁹⁸. Cependant, l'atteinte au principe de la relativité que consacre la solidarité passive est tempérée par deux éléments.

222. D'une part, la portée de la solidarité passive est partielle. Disons que le tiers n'est pas tenu de la totalité des obligations du contrat, il n'est tenu que sous certaines limites³⁹⁹. Les exemples sont nombreux, mais nous nous limiterons à certains d'entre eux. C'est le cas des époux contractant la dette en réponse aux dépenses du ménage et à l'éducation des enfants, l'article 220, alinéa 2 exclut la solidarité ménagère si les dépenses sont excessives eu égard au train de vie du ménage. De même, l'acquéreur de la chose louée n'est débiteur et créancier que pour le futur⁴⁰⁰, le bailleur de fonds de commerce n'est tenu par les dettes contractées par son locataire-gérant que dans le cadre d'une exploitation du fonds⁴⁰¹. On peut ainsi transposer ces solutions aux co-emprunteurs ou aux associés d'une commandite ou d'une société en nom collectif, etc.

223. D'autre part, on considère que cette solidarité est également partielle, car la volonté du tiers est intervenue dans le mécanisme qui aboutit à l'obliger⁴⁰². En effet, le tiers n'a théoriquement pas consenti à l'acte-origine de l'obligation de solidarité, mais a accepté, avant la naissance de l'obligation, l'entrée dans la situation à laquelle la loi attache une obligation. En d'autres termes, c'est parce qu'ils ont choisi la forme juridique de la société en nom collectif ou en commandite que les associés sont ensuite soumis à la solidarité légale énoncée aux articles L.221-1, L.222-1, al. 1 et L.226 al. 1 du Code de commerce. Un autre exemple peut être trouvé dans l'étude de la situation des époux assujettis à l'obligation de règlement du passif né du chef de leur conjoint.

224. Le tiers époux assujetti à l'obligation du passif commun. Nous avons évoqué précédemment que les époux sont soumis à la solidarité des dettes du ménage. Cette obligation de solidarité, exception à l'effet relatif, peut également s'étendre en cas de faute de gestion⁴⁰³, comme l'énonce le Code civil, à l'époux non contractant marié sous le régime de communauté. Effectivement, aux termes de l'alinéa premier de l'article 1421 du Code civil : « *Chacun des époux a le pouvoir*

³⁹⁸ Gérard CORNU, *op. cit.*, v. solidarité.

³⁹⁹ V. en ce sens : Jean-Louis GOUTAL, *op. cit.*, n° 67, p. 53.

⁴⁰⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 14 mars 1973, *Rev. loy.*, 1973, p. 312, *in, Ibid.* n° 67, p. 54.

⁴⁰¹ V. par exemple, le cas des cotisations vieillesse et retraite considérées comme strictement personnelles ; Cass. com., 6 juin 1972, *Bull. civ. IV*, n° 178, *JCP* 1973, note A.S., *RTD Civ.* 1973, p. 73, *obs.* JAUFFRET, *in*, Philippe DELMAS-SAINTE-HILAIRE, *op. cit.*, p.277.

⁴⁰² V. en ce sens : Jean-Louis GOUTAL, *op. cit.*, n° 68, p. 55.

⁴⁰³ Il peut s'agir d'une faute intentionnelle, mais aussi de n'importe quelle faute commise dans l'exercice du pouvoir de gestion, y compris les fautes d'abstention, dans le domaine de la gestion exclusive.

d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre ». À l'exception des actes visés aux articles 1422, 1424 et 1425 du Code civil et aux engagements contractés de façon frauduleuse par l'époux débiteur, la loi garantit donc aux créanciers, par combinaison des articles 1413, 1414 et 1418 du Code civil, un droit de poursuite sur les biens propres de l'époux débiteur et sur l'ensemble des biens communs, y compris les biens professionnels de son conjoint ou le logement familial à l'exception toutefois des gains et salaires du conjoint⁴⁰⁴. Les effets obligatoires nés pendant la communauté du chef de l'un des époux sont donc opposables à l'autre conjoint, cela ne veut pas dire que l'époux tiers est une partie à l'acte, mais un simple intéressé puisqu'il subit les conséquences des actes contractés par l'autre conjoint.

225. Dès lors, peut-on considérer l'assujettissement de l'époux tiers comme étant une atteinte à l'effet relatif? En réalité, à l'instar de la solidarité passive, l'exception de l'obligation de répondre à la dette de l'époux tiers est partielle. On présume que son attraction à l'acte origine de la dette est attachée, avant tout, au régime de communauté légale qu'il a volontairement accepté lors du mariage. Il en serait autrement s'il avait opté pour le régime séparatiste. Cependant, dans le sens inverse, le cas de l'époux créancier, le conjoint tiers à l'acte de créance peut, du fait de la communauté, l'opposer à la partie débitrice. Cette solution a été évoquée par un arrêt de la Cour de cassation, première chambre civile, en date du 31 janvier 2006. En l'espèce, un époux marié sous le régime de la communauté avait prêté une somme d'argent à un tiers. La femme de l'époux créancier a encaissé le chèque correspondant au remboursement du solde du prêt. Ce tiers a été condamné à payer au mari une certaine somme en remboursement du solde de ce prêt, au motif, d'une part que le mari était seul créancier du prêt pour l'avoir consenti et, d'autre part, qu'à défaut de son accord pour la réception du paiement par son épouse, le tiers n'était pas libéré de son obligation de remboursement. La Cour de cassation a cassé la décision de la Cour d'appel pour violation des articles 1402 alinéa 1er et 1421 alinéa 1er du Code civil et au motif que l'épouse avait le pouvoir de recevoir le remboursement du prêt d'une somme présumée dépendre de la communauté⁴⁰⁵. Pour conclure, les actes accomplis par un époux, par le fait de la loi, sont opposables à l'autre époux, tiers à ces actes. Le principe de l'effet relatif est ici atteint partiellement puisque c'est le statut de la

⁴⁰⁴ C. civ., art. 1414.

⁴⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2006, n° 03-19.630 F-P+B, *JurisData* n° 2006-031900, *obs.* BEIGNIER.

communauté qui impose une telle extension. Cependant, la relativité devient totale si l'un des époux a pris un engagement frauduleux. L'acte frauduleux est donc inopposable au conjoint tiers. On peut envisager la même solution à l'égard du tiers débiteur de l'une des parties.

226. Le tiers débiteur de l'une des parties au contrat. L'effet obligatoire d'un contrat peut assujettir un tiers, en raison de sa position de débiteur d'une des parties contractantes. Deux situations dans lesquelles l'effet contractuel peut l'affecter particulièrement. Pour illustrer la première situation, nous prenons l'exemple de la cession de créances qui est une convention passée entre un cédant et un cessionnaire et qui a pour but de transférer l'obligation du débiteur cédé. Ce dernier est débiteur de l'une des parties à la convention et après la cession, il deviendra débiteur d'un nouveau créancier. La cession exprime ici un premier effet, celui de l'opposabilité du contrat de cession au tiers débiteur. En fait, à la différence des autres cas de tiers intéressés où les actes d'une partie peuvent obliger l'autre, le contrat de cession conclu entre le créancier du débiteur cédé et le cessionnaire ne crée aucune obligation dans les rapports entre le débiteur cédé et le cessionnaire⁴⁰⁶, mais opère une simple substitution de sujets. On estime qu'il est tenu par la seule l'obligation d'abstention. L'opposabilité est donc nécessaire pour rendre l'opération de cession efficace. Cette solution est parfaitement transposable à d'autres mécanismes. On cite l'exemple de la subrogation qui permet au subrogé de se substituer au créancier d'origine.

227. L'autre situation découle des actions qui bénéficient aux créanciers, à savoir l'action directe en paiement ou l'action oblique. En effet, le débiteur de l'une des parties peut également voir sa situation modifiée par l'effet d'une convention qui rend son créancier débiteur de l'autre partie. Pour illustrer, on suppose que « A » est débiteur du créancier « B », le débiteur « A » se retrouve exposé à l'effet de la convention par laquelle « B » devient à son tour débiteur de « C ». L'opposabilité de cette convention peut emporter des conséquences particulières à l'égard du débiteur « A ». En admettant que « B » n'honore pas sa dette envers « C » et en parallèle « B » ne prend aucune mesure adéquate à l'égard de son débiteur pour obtenir le paiement de sa créance. Pour pallier l'inertie de « B », l'action oblique permet au créancier « C » d'exercer les droits de son débiteur « B » pour le compte de celui-ci, comme par exemple contraindre « A » à payer « B ». Rappelons que l'action oblique permet au

⁴⁰⁶ Laurent AYNES, *La cession de créances et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse de doctorat, droit, préf. Philippe MALAURIE, Economica, Paris, 1984, n° 233, p.169, in, Philippe DELMAS-SAINTE-HILAIRE, *op. cit.*, p.292.

créancier d'exercer un droit ou une action que son débiteur néglige d'exercer, sous certaines conditions, notamment que la carence de son débiteur doit compromettre ses droits et son débiteur doit être titulaire de droits et actions à l'égard d'un tiers. Dans cet exemple, le contrat liant « B » et « C » est opposable à « A » qui doit s'abstenir d'y porter atteinte. Donc, l'opposabilité dudit contrat emporte des conséquences visibles à l'égard du débiteur « A ». L'opposabilité conduit « A » à exécuter son obligation au profit de « B » suite à la demande de « C ».

228. Par ailleurs, le créancier dispose également d'un autre moyen pour obtenir le paiement de sa créance. Il peut utiliser l'action directe. En passant par cette action, « C » peut agir directement en paiement de sa créance contre le débiteur de son débiteur c'est-à-dire « A ». Il faut préciser que le créancier, dans le cadre de l'action directe, ne peut réclamer au débiteur de son débiteur un montant supérieur au montant correspondant à l'obligation de « A » envers « B », à défaut de quoi, le débiteur est en droit de refuser de payer « C ». Contrairement à l'action oblique, le bénéfice (paiement) de l'action directe profite directement au créancier, intégrant ainsi son patrimoine. Ainsi, il ressort de ces deux actions que « A » ne peut se plaindre de la demande de « C » puisqu'il est tenu envers « B » et l'opposabilité n'a pas juridiquement pour effet de le nuire. On estime même que la revendication monétaire de « C » à l'égard de « A » est une revendication résultant non pas d'un droit de créance, mais d'une propriété de la créance. Il n'est certes pas propriétaire des sommes qui en constituent l'objet, mais il est propriétaire du droit à obtenir la prestation⁴⁰⁷. En effet, la propriété des créances ne peut être invoquée qu'à l'égard d'un tiers en application du principe d'opposabilité, puisque la propriété ne concerne jamais les relations avec le débiteur, la relation entre le créancier et le débiteur reposant sur un lien d'obligation et non d'opposabilité substantielle⁴⁰⁸.

229. L'examen de cette catégorie de tiers intéressés se résout à un constat : le lien qui relie le débiteur à la personne détentrice de la créance n'a, en réalité, aucune importance. Seul le lien avec le détenteur du titre présente un intérêt. Assurément, dans chaque cession de créances, le débiteur est susceptible de subir le changement de créanciers autant de fois qu'il demeurera débiteur. Dès lors, on pourrait parfaitement classer le débiteur, qui est toujours tiers à la cession de créance, parmi

⁴⁰⁷ Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 233 et s., p.259 et s. ; v. également, José DUCLOS, *op. cit.*, n° 47 et s., spéc. 47-2, p. 69 et s.

⁴⁰⁸ V. en ce sens : *Ibid.*, n° 234, p. 260. L'auteur cite Rémy LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », RTD civ., 1997, p.627.

les tiers intéressés par l'objet du contrat, car le débiteur est attaché avant tout au titre de créance et c'est à l'égard du détenteur du titre qu'il est obligé.

230. En somme, l'examen des fondements objectif et subjectif du principe d'opposabilité doit être complété par l'examen des applications qui lui sont attachées. C'est ce que nous essayerons d'aborder dans les développements suivants.

§2 Les applications du principe d'opposabilité

231. On attribue traditionnellement deux fonctions majeures au principe d'opposabilité en matière contractuelle : une fonction sanction (A) et une fonction probatoire (B). Ce sont les deux finalités qu'on retrouve aujourd'hui à l'article 1200 du Code civil. S'agissant de l'opposabilité-sanction ou l'opposabilité substantielle⁴⁰⁹, l'alinéa 1 de cet article dispose que : « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ». L'opposabilité permet d'abord de rendre compte des effets du contrat à l'égard des tiers et du devoir de respect et d'abstention qui incombent à tout un chacun — opposabilité aux tiers par les parties —. Mais elle donne également la possibilité aux tiers d'exiger des contractants le respect des obligations et droits extracontractuels, et ce, en veillant à ce que les conséquences de l'exécution ou de l'inexécution du contrat ne débordent ou n'atteignent les droits des tiers — l'opposabilité aux parties par les tiers —. Ainsi, tout comportement fautif lésant les uns — tiers — ou les autres — parties signataires — devrait être sanctionné.

232. Conformément au second alinéa de l'article 1200, les tiers peuvent se prévaloir du contrat notamment « *pour apporter la preuve d'un fait* ». Une finalité probatoire qui est en réalité complémentaire de la première, car pour pouvoir opposer un acte afin d'en réprimer la violation, il faut prouver la faute, et pour établir celle-ci, il faut d'abord opposer l'acte⁴¹⁰. En effet, c'est parce que l'acte existe en tant que norme contractuelle, dont le respect incombe à tous, que la victime, partie ou tiers, peut s'en prévaloir comme preuve. L'opposabilité probatoire donne ici aux tiers, comme aux parties d'ailleurs, la faculté de se prévaloir de l'existence d'un contrat afin d'y puiser les données nécessaires pour démontrer l'existence de

⁴⁰⁹ José DUCLOS, *op. cit.*

⁴¹⁰ *Ibid.*, n° 6, p. 28. Pour cet auteur : « *Pour opposer il faut d'abord prouver, mais pour prouver il faut d'abord opposer. Ces propositions qui semblent se détruire mutuellement apparaîtront néanmoins conciliables et complémentaires, si l'on précise que l'opposabilité est comprise dans un sens d'abord substantiel puis probatoire* ».

l'obligation inexécutée. Fait juridique, le contrat sert d'instrument probatoire à l'égard des contractants, dans ce cas le tiers peut invoquer l'inexécution contractuelle pour demander réparation du dommage né du fait de cette inexécution ou pourrait en exiger l'exécution. À l'égard des autres tiers — opposabilité par les tiers aux tiers —, dans ces conditions le contrat constituera alors une source de renseignements pour tous les tiers y compris les *penitus extranei* — juges, arbitres, avocats... etc. —

A. La fonction sanction de l'opposabilité

233. L'opposabilité aux tiers par les parties. Pour rappel, le contrat, en tant que fait social, existe *erga omnes*. Les tiers ne sont pas concernés par les conséquences juridiques qui s'y attachent, mais ils sont tenus de respecter la situation juridique qu'il crée. L'article 1240 du Code civil stipule en effet que : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». La lettre de cet article peut être résumée en cette formule : « *toute faute oblige une réparation* »⁴¹¹ ; une « *règle légale qui vient au soutien de la règle morale qui défend de nuire à autrui* »⁴¹². Le principe de l'opposabilité étant un principe bien ancré dans la jurisprudence, celle-ci le reconnaît sans difficulté dans la mesure où elle décide que toute atteinte par un tiers au contrat d'autrui, constitue une faute délictuelle.

234. Qu'un tiers soit tenu pour responsable de l'inexécution d'un contrat auquel il est étranger, voilà qui paraît, *a priori*, se heurter au principe de l'article 1199 du Code civil qui stipule que le contrat a un effet relatif à l'égard des tiers. Pourtant, on admet aujourd'hui que l'opposabilité du contrat aux tiers ne conduit pas à contredire ou interdire le principe de l'effet relatif du contrat, mais uniquement à en tirer des conséquences juridiques⁴¹³. Par ailleurs, la responsabilité du tiers a été très tôt admise en doctrine⁴¹⁴. En effet, dès 1910, Pierre Hugueney défendit dans sa thèse de doctorat l'idée d'une responsabilité du tiers complice de la violation d'une

⁴¹¹ George RIPERT et Jean BOULANGER, *op. cit.*, n° 892, p. 328.

⁴¹² *Ibid.*, n° 886, p.326.

⁴¹³ V. en ce sens : Robert WINTGEN, « "Tout fait quelconque..." : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil », RDC 2007, p. 609 ; Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n° 191, p. 123.

⁴¹⁴ Henri LALOU, « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard des tiers », 1928 DH, Chron., p. 69 ; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général, effets des obligations*, t. 7, Paris, Librairie Rousseau, 1933, n° 1162 ; Jean BOULANGER, « De conflits entre droits personnels non soumis à la publicité », *Rev. Trim.*, 1935, n° 535 ; Boris STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », J.C.P., 1954, n° 1180 ; George RIPERT et Jean BOULANGER, *op. cit.*, n° 923, p. 343.

obligation contractuelle⁴¹⁵. Mais bien avant les travaux d'Hugueney, la jurisprudence n'a pas hésité à sanctionner l'attitude d'un tiers qui, en connaissance de cause, participe à la violation des obligations créées par le contrat⁴¹⁶.

235. Toutefois, les nombreuses études qui ont été consacrées à ce sujet n'ont jamais mis en doute la nécessité d'une sanction, qui s'impose d'évidence, mais elles consistaient à en discuter la nature et les fondements. En effet, certains fondements de la responsabilité des tiers sont restés enterrés, d'autres, au contraire, entérinés. Parmi les fondements enterrés, on peut citer très brièvement la tentative de justification par la notion de complicité⁴¹⁷, ou la « *criminalité d'emprunt* »⁴¹⁸, que certains auteurs avaient empruntées au droit pénal pour la transposer en droit des obligations. On a tenté aussi de justifier la nécessité de sanctionner le comportement du tiers suivant « *la responsabilité contractuelle du tiers* »⁴¹⁹, ou encore par « *l'abus de*

⁴¹⁵ Pierre HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse de doctorat, droit, Dijon, 1910.

⁴¹⁶ V. par exemple, Cass. civ., 27 mai 1908, S. 1910.1.118, D., 1908.1.459 ; CA Paris, 26 janv. 1856, *Ann. Propr. Ind.*, 1856, p.125 et autres, cité par : René DEMOGUE, *op. cit.*, n° 1163, p. 581.

⁴¹⁷ Pierre HUGUENEY, *op.cit.* Selon cet auteur : « Un débiteur de mauvaise foi viole l'obligation qu'il a contractée : ce débiteur, assurément, est responsable civilement si même ne l'est pas pénalement. Mais imaginons qu'il l'ait violé à l'instigation ou avec l'aide d'un tiers complice, à supposer que le fait du débiteur ne constitue pas un délit pénal, pourra-t-il, en sa seule qualité de complice de la violation d'une obligation contractuelle, être déclaré lui aussi responsable civilement vis-à-vis du créancier des conséquences de l'inexécution dolosive de l'obligation ? ... Quelle hérésie juridique s'exclament les uns, comment poursuivre un tiers quand un contrat a été violé ? Les conventions, dit l'article 1165, n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers. Une convention nuirait aux tiers si elle lui enlevait la liberté de pousser ou d'aider un contractant à violer le contrat qu'il a passé. Déclarer le tiers responsable c'est, affirmeront les autres, une solution qui ne soulève pas de difficulté et qui ne mérite vraiment pas une étude spéciale. Il n'y a là qu'une application évidente des principes généraux. Le tiers qui, sciemment, aide à violer l'obligation contractée lèse les intérêts du créancier, il porte atteinte au droit d'autrui. Quelle que soit l'origine de ce droit, qu'il résulte d'un contrat ou de la loi elle-même, il doit être également respecté. Quiconque le méconnaît devient responsable du préjudice causé par sa violation, tel est le principe général édicté par l'article 1382 ».

⁴¹⁸ V. José DUCLOS, *op. cit.*, n° 172, p.198.

⁴¹⁹ Cf. René DEMOGUE, *op. cit.*, n° 1163 et s., p. 582 et s. L'auteur, après avoir écarté l'analyse d'Hugueney et de Mazeaud qui admettaient avec M. Brun que la responsabilité est contractuelle pour le débiteur et délictuelle pour le tiers, propose une autre façon de voir la responsabilité du tiers complice d'une inexécution contractuelle. En effet, après avoir dressé les cas susceptibles d'engager la responsabilité du tiers complice, sous réserve que ce dernier ait pris connaissance de l'existence de l'engagement du débiteur au moment où il passe contrat, car si la connaissance est postérieure à la conclusion, le tiers ne sera pas responsable. Demogue se résout à l'idée que si le tiers en connaissance de cause porte atteinte à un contrat, celui-ci atteint les droits issus de ce contrat. Ce qui semble contredire le principe de l'effet relatif du contrat. En effet, comment se fait-il qu'un tiers soit tenu par une obligation passive qui lui impose de ne pas violer l'obligation d'autrui à laquelle il est étranger ? C'est parce que « le tiers se trouve tenu non pas à considérer l'obligation comme existante, mais, ce qui est plus grave, à ne pas lui porter atteinte », répondit le même auteur. C'est sur la question de la possibilité pour un tiers de violer l'obligation contractuelle d'autrui qu'il constitua sa théorie. En effet, puisque le tiers est tenu d'une obligation de ne pas faire du fait que l'obligation contractuelle rayonne et constitue un fait social, il est donc naturel que : « Par une limitation au principe individualiste de l'article 1165, tel qu'on le conçoit souvent, le contrat oblige le contractant à agir et les tiers qui ont connaissance de l'obligation à ne pas entraver son exécution. De même que la stipulation pour autrui crée des droits pour le stipulant et pour le tiers, de même le contrat crée des obligations pour le contractant et pour les tiers. Du jour où le tiers ayant connaissance du contrat aide à le méconnaître, il devient adhérent à ce contrat ».

droit »⁴²⁰, ou suivant la maxime « *prior tempore, potior jure* »⁴²¹. Ces fondements ne présentent aujourd'hui aucune utilité pratique, mais un simple intérêt historique. Néanmoins, d'autres justifications ont été partiellement admises, c'est le cas des explications tirées de certaines actions ouvertes au créancier comme « *la fraude paulienne* », « *l'action oblique* » ou « *l'action en concurrence déloyale* ». Mais à l'instar des précédents arguments, la justification par les actions ouvertes au créancier est insuffisante, alambiquée, parfois même illogique, raison pour laquelle elle a été abandonnée. Reste donc à savoir si le principe d'opposabilité est en mesure d'apporter un fondement à la responsabilité du tiers.

236. Par la positive, répond la majorité de la doctrine. Il est aujourd'hui communément admis que seul le principe d'opposabilité est en mesure de fonder la responsabilité du tiers⁴²², à la condition de distinguer entre les deux théories justifiant l'opposabilité, que sont l'opposabilité normative et l'opposabilité du contrat-fait. La théorie du contrat-fait ne permet pas à elle seule de fonder la responsabilité du tiers⁴²³, mais permet, néanmoins, de prendre en compte l'existence du contrat en tant que fait social. Une atteinte à ce contrat par le fait du tiers peut être génératrice de responsabilités extracontractuelles. En revanche, la théorie normative de l'opposabilité a plus de chance d'être mobilisée.

237. Relativement à la théorie de l'opposabilité normative du contrat, certains auteurs ont eu recours à la force obligatoire du contrat pour rendre compte du fondement de l'action en responsabilité contre le tiers complice. En effet, non seulement, elle assujettit le débiteur au respect et à l'exécution de son obligation

⁴²⁰ George RIPERT, « *Abus ou relativité des droits* », RCLJ, 1929, n° 33. Pour le même auteur : *La règle morale dans l'application des obligations civiles*, L.G.D.J., éd. 4^{ème}, 1949, n° 90 et s., et n° 170. L'auteur s'est certainement inspiré des travaux antérieurs sur la notion d'abus de droit. Nous citons, à titre d'exemple, les travaux de : Ernest PORCHEROT, *De l'abus de droit*, thèse de doctorat, droit, Dijon, 1901 ; Joseph CHARMONT, « *L'abus de droit* », RTD Civ. 1902 p. 113, spéc. p. 123 ; Lucien Henri Camille REYNAUD, *L'abus du droit*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1904 ; Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, éd. 2^{ème}, 1939, n° 292 ; Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Rousseau, 1905 ; Étienne-Ernest-Hippolyte PERREAU, « *Origine et développement de la théorie de l'abus de droit* », RGD 1913, p. 481.

⁴²¹ « Premier en date, préférable en droit », in, Gérard CORNU, *op.cit.*, v. Maximes et adages de droit français, p. 1069. L'application de l'adage « *prior tempore, potior jure* » pour justifier la responsabilité du tiers qui serait complice à la violation du contrat est une théorie attribuée à Jean Boulanger — v. en ce sens : Jean BOULANGER, *De conflits entre droits personnels non soumis à la publicité*, *op. cit.*, p. 545 et s. —. En effet, selon cet auteur : « *Un deuxième rapport juridique ne saurait porter atteinte à un rapport juridique antérieur. En logique pure, l'attribution d'un droit à un second ayant cause ne pourrait avoir lieu que sous la réserve nécessaire de l'efficacité totale du droit dont le premier a été investi* ». Il ajoute : « *Chassée par le principe de la relativité des contrats, la voici qui réapparaît sous le manteau d'une action en responsabilité* ». Ainsi, le tiers, qui contracte avec le débiteur, a su qu'il allait créer pour le droit préexistant une impossibilité d'exécution. Par la règle de la priorité, le créancier peut donc opposer au tiers le droit personnel issu du contrat, puis engager sa responsabilité délictuelle.

⁴²² V. en ce sens : George RIPERT et Jean BOULANGER, *op.cit.*, n° 554, p. 212 ; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *op. cit.*, n° 245, p.224 ; Jacques GHESTIN, Charles JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 730 ; François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, éd. 7^{ème}, 1999, n° 469 ; Geneviève VINEY, *op. cit.*, n° 202 ; José DUCLOS, *op. cit.*, n° 45 et s., p.68 et s.

⁴²³ V. en ce sens : Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 192, p. 170.

contractuelle, mais elle oblige également les tiers au respect de l'obligation de s'abstenir de porter atteinte aux engagements d'autrui. Ainsi, le principe de l'opposabilité serait le corollaire de la force obligatoire du contrat, d'autant plus qu'on ne saurait contredire le principe de l'effet relatif et celui de l'opposabilité. Cette conciliation entre les deux principes permet d'écarter la confusion. L'opposabilité, ainsi justifiée, semble être un complément nécessaire à l'efficacité du contrat, sinon, quel est l'intérêt d'un contrat si les effets qu'il crée peuvent être méconnus ?

238. Il faut relever que pour certains auteurs, la force obligatoire du contrat n'est en réalité que la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle⁴²⁴, sanctionnant une atteinte au droit de propriété. Si « *les contrats portant sur des droits réels ou des droits de propriété incorporelle — sous réserve de quelques rares exceptions — ne sont aujourd'hui opposables aux tiers que moyennant des mesures de publicité ou grâce à la connaissance effective que les tiers ont pu acquérir par tout autre moyen de l'existence du contrat (...) pouvait-on, — par le motif que ces contrats, en tant qu'ils créent une situation juridique nouvelle, sont opposables à tous —, admettre qu'un second contractant, ignorant l'existence d'une convention antérieure, doive être, dans tous les cas, sacrifié ? Les inconvénients de pareille solution pour la sécurité des transactions sont évidents. Si bien que, là aussi, la règle prior tempore, potior jure sera tenue en échec dès lors que le second contractant, qui a obtenu l'exécution du contrat, peut alléguer l'exception d'ignorance* »⁴²⁵. Cette justification, fondée sur la seule force obligatoire du contrat, comporte toutefois des limites. Si cette solution explique les cas où la responsabilité du tiers est engagée sur le fondement d'un contrat, qu'en est-il alors des éventualités dans lesquelles cette responsabilité a un fondement autre qu'un acte juridique ? Une autre hypothèse peut alors être envisagée pour fonder une telle responsabilité, il s'agit de la théorie de propriété des droits subjectifs.

239. L'idée qui peut être avancée ici, est que le fondement de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle tire son origine en réalité de la propriété des droits subjectifs. Nous avons vu auparavant que la propriété des droits réels bénéficie d'une opposabilité absolue et toute atteinte à ces droits par un tiers constitue un fait générateur de la responsabilité extracontractuelle. En ce qui concerne les droits personnels, nous avons mis en avant que la théorie de GINOSSAR sur la propriété des créances a contribué à développer le concept de l'opposabilité *erga omnes* des créances. En effet, selon cet auteur, « *la créance est un bien*

⁴²⁴ Pierre HUGUENEY, *op. cit.*,

⁴²⁵ Boris STARCK, « *Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui* », J.C.P, 1954.I .1180, n° 60.

appartenant au créancier et rattaché à son patrimoine propre par l'effet d'un droit de propriété »⁴²⁶. Le tiers n'est donc pas autorisé à venir troubler le lien obligationnel unissant le débiteur et le créancier, au risque d'engager sa responsabilité civile délictuelle. Il doit s'abstenir de tout acte qui pourrait entraver l'exécution de la prestation objet de la créance. Ainsi, les droits subjectifs ont une opposabilité absolue et bénéficient d'une protection fondée sur la responsabilité extracontractuelle. Une solution qui, d'ailleurs, fut admise à maintes reprises et appliquée de manière constante par la jurisprudence⁴²⁷. Quid à présent de l'exercice contraire ?

240. L'opposabilité aux parties par les tiers. Si l'opposabilité semble justifier la responsabilité du tiers, il est, de la même façon, admis que lorsque le contrat sert d'instrument de violation d'une obligation non contractuelle, le tiers est en droit d'invoquer ledit contrat à l'encontre des parties contractantes pour caractériser la faute délictuelle. La solution est adoptée de manière constante depuis un arrêt de 1991 rendu par la Cour de cassation dans lequel, elle considère que : « *Les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par le contrat* »⁴²⁸. En 2006, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, a rendu un arrêt où elle exprime on ne peut mieux cette solution : « *Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »⁴²⁹. En invoquant le contrat, le tiers peut même obtenir la cessation sous astreinte de l'illicite⁴³⁰, résultat qui correspond à l'exécution du contrat⁴³¹. Comme l'a fort bien expliqué M. WICKER : « *Dans son principe, cette solution [la sanction délictuelle du manquement contractuel] apparaît comme l'aboutissement de la notion "d'opposabilité" qui établit le contrat, non plus seulement comme un fait interindividuel dont la portée est limitée aux seules parties contractantes, mais aussi comme un fait social intéressant l'ensemble de la collectivité. L'ordre contractuel n'est pas un ordre autonome, il est un sous-ordre de l'ordre juridique général auquel il s'insère dans une relation d'interdépendance : si le contrat s'impose au respect de tous, il appartient*

⁴²⁶ Shalev GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, op. cit.*, n° 13, p.35.

⁴²⁷ Jean FLOUR, Jean-Louis AUBERT, Éric SAVAUX, *Les obligations, t. I, l'acte juridique, op.cit.*, n° 17, p. 10 ; V. aussi, Frédéric ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, Lyon, 1981, n° 403, p. 54.

⁴²⁸ Cass. com, 22 oct. 1991, D. 1993, p. 181, note GHESTIN.

⁴²⁹ Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, *Bull. civ. IX*, p. 213, n° 05-13255, D. 2006, p. 2828, note VINEY ; JCP G 2006, II, 10 181, avis GARIAZZO et note BILLIAU ; RDC 2007, p. 279, obs. CARVAL ; JCP 2007, I, 113, n° 4, obs. STOFFEL-MUNK ; RTD civ. 2007, p. 115, obs. MESTRE et FAGES, p. 123, obs. JOURDAIN ; RDC 2007, p. 269, obs. MAZEAUD ; p. 379, obs. SEUBE.

⁴³⁰ Cass. civ. 3^e, 13 juill. 2010, n° 09-67516, RDC 2010, p. 1, obs. DESHAYES ; JCP E 2010, n° 51, obs. MOUSSERON ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 304, p. 16, obs. HOUTCIEFF.

⁴³¹ Cf. Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil : la formation du contrat*, t. 1, L.G.D.J., 2013, n° 100, p. 83 et s.

réciroquement aux parties contractantes de respecter les contraintes posées par l'ordre juridique comme de ne pas porter atteinte aux intérêts légitimes des sujets qui le composent »⁴³².

241. En définitive, le tiers peut donc invoquer le contrat pour caractériser la faute découlant de l'inexécution de l'obligation contractuelle afin d'obtenir réparation ou la poursuite de l'exécution de cette obligation, mais cette faculté ne lui permet certainement pas de faire naître son droit du contrat. Ainsi, on peut affirmer qu'au-delà de la sanction, le fait de se prévaloir du contrat procure au tiers une facilité adventice en matière de preuve⁴³³. C'est ce que nous exposerons dans les développements suivants.

B. La finalité probatoire de l'opposabilité

242. « *Opposer, c'est invoquer un moyen de défense* »⁴³⁴. Permettre à un tiers ou à une partie⁴³⁵ de se prévaloir de l'existence d'un fait, d'un acte, d'un droit ou d'une situation juridique, c'est lui donner la liberté de puiser dans ces sources les renseignements et éléments nécessaires pour mieux organiser sa défense ou justifier sa prétention. L'existence d'un fait, en l'occurrence le contrat, est pour les tiers une source de renseignement décisive et une « *banque de données* »⁴³⁶. Il est donc permis « *aux tiers de contester par tous modes de preuve la sincérité des énonciations contenues dans les écrits qu'on leur oppose, mais il appartient aux parties à un acte d'en apporter la preuve contre les tiers dans les termes du droit commun* »⁴³⁷.

243. Cependant, si le tiers se contente de rapporter ce qu'il a entendu, observé ou vécu pour prouver l'existence d'un fait, cela n'apparaît-il pas comme une faveur qu'on lui accorde puisqu'en matière de preuve l'argument allégué doit être préconstitué et pertinent? Ce qui pourrait interroger sur le rôle probatoire de l'opposabilité. DUCLOS disait à ce propos que : « *contrairement à la notion de preuve,*

⁴³² Guillaume WICKER, « *La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général* », RDC 2007, p. 593.

⁴³³ V. Jean-Louis GOUTAL, *op. cit.*, n° 36, p. 37.

⁴³⁴ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 6, p. 28.

⁴³⁵ Une partie contractante peut également invoquer l'existence de son contrat contre un tiers. La solution fut adoptée dès la fin du XIX^e Siècle. En 1892, la chambre civile de la Cour de cassation décida que : « *Un contrat peut toujours être invoqué dans une contestation contre un tiers, à l'appui d'une affirmation, pour établir la situation exacte des parties contractantes* », in, Civ., 27 juin 1892, D.P 1892, I, p. 379 ; S. 1892, I, p. 447. V. également en ce sens : José DUCLOS, *op. cit.*, n° 38, p. 60.

⁴³⁶ Philippe DELEBECQUE, *note sous* Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1996, *Deffrénois*, 1996, p. 1022.

⁴³⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 15 mai 1974, *Bull. civ. III*, n° 202.

celle d'opposabilité n'implique aucune appréciation de la pertinence de l'argument allégué »⁴³⁸. Le concept de valeur probante permet en effet de mesurer la justesse d'une argumentation alors que l'opposabilité se borne à répercuter dans le milieu juridique l'existence d'un fait, d'un acte, d'un droit ou d'une situation juridique⁴³⁹, et ce, de manière brute. Ainsi, si entre les parties contractantes le contrat s'impose en tant qu'acte juridique dont la preuve peut, au-delà d'un certain seuil⁴⁴⁰, être exigée par écrit, à l'égard des tiers ce même contrat se présente comme un fait juridique et en matière de faits juridiques la preuve est libre. Ce qui signifie que les tiers bénéficient de la liberté de la preuve⁴⁴¹.

244. Mais il semble que la faculté donnée aux tiers de se saisir du contrat comme fait juridique pour prouver leur situation vis-à-vis de l'obligation contractuelle est, en réalité, une déduction logique des règles du droit commun de la preuve⁴⁴². Bien entendu, lorsque les contractants concluent un contrat, celui-ci est disponible en un support matériel, ils en connaissent les dispositions et peuvent s'y référer librement, l'exigence d'un écrit est dans ce cas justifiée, alors que pour les tiers le contrat existe en tant que fait juridique dont ils ne connaissent pas les détails, et dont ils ne peuvent librement en disposer. Bien qu'il soit permis de penser que le contrat constitue une source de renseignements, son utilisation par les parties et par les tiers n'est pas uniforme, il faut dire tout de même que l'utilisation de la preuve par les parties et par les tiers n'a pas le même objet. Les parties se saisissent du contrat pour prouver l'existence d'un droit ou d'une obligation contractuelle, tandis que sa mobilisation en tant que fait par les tiers fera office de preuve quant aux agissements des contractants à leur égard.

245. Ainsi, que le tiers invoque un contrat, ou tout autre fait juridique, pour s'en servir comme moyen de preuve à l'égard des parties ou à l'égard d'autres tiers, il agit donc en tant qu'« *acteur* », défendeur ou demandeur, soit pour rejeter ou soutenir une prétention⁴⁴³. Tout le monde peut se prévaloir du contrat à des fins probatoires, que le tiers soit proche ou éloigné du cercle contractuel.

⁴³⁸ *Id.*

⁴³⁹ *V. Id.*

⁴⁴⁰ L'alinéa 1 de l'article 1359 du Code civil dispose que : « *L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique* ». Pour rappel, le montant de ce seuil est de 1500 euros.

⁴⁴¹ *V. en ce sens : Camille KOUCHNER, op. cit., n° 93, p. 76.*

⁴⁴² *V. en ce sens : Id.*

⁴⁴³ *V. Jean Louis GOUTAL, op. cit., n° 37, p. 38.*

Conclusion section I

246. La recherche des fondements et des applications du principe d'opposabilité nous a permis de dégager sa signification. Cette étape explicative, qui plus est justificative, était nécessaire à la bonne compréhension de l'esprit doctrinal et de la construction du principe en droit commun avant d'en étudier la réception en droit de l'arbitrage. L'opposabilité, on l'a vu, a divers fondements en droit commun. Un fondement objectif, qui consiste à justifier l'opposabilité à partir du contrat et de l'analyse de ses effets, et un fondement subjectif, qui place l'analyse du côté des sujets de l'opposabilité.

247. S'agissant des fondements objectifs, il est aujourd'hui admis que l'opposabilité vise à rendre compte du caractère indirect des effets du contrat à l'égard de ceux qui n'y ont point de part. Cet effet indirect, qui peut être défini comme « *le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte* », est à l'origine le fruit d'une construction doctrinale prenant appui sur le principe de la relativité des conventions. Pendant longtemps, depuis que la règle « *res inter alios acta aliis nec oncere nec potesse potest* » existe, on ne reconnaissait au contrat aucun effet à l'égard des tiers, à l'exception de quelques effets. C'est donc en raison de la délimitation de la portée du principe de l'effet relatif des conventions que le contrat est opposable aux tiers. Ainsi, et à raison d'une littérature juridique abondante à ce sujet, l'opposabilité est passée d'un simple phénomène, à peine esquissé, à un principe à part entière qui se voit pourvu de multiples fonctions. C'est en se penchant sur les travaux de SAVATIER, WEILL, CALASTREING, GOUTAL, DUCLOS, WINTGEN, DANOS et bien d'autres auteurs que l'on a pu déterminer le sens précis du principe d'opposabilité.

248. Pour les précurseurs — SAVATIER, WEILL et CALASTREING —, le contrat est un fait social qui ne peut être conçu comme un élément isolé. Il ne se contente pas de créer des effets obligatoires entre les parties, mais crée également une situation de fait que les tiers ne peuvent ignorer. L'opposabilité donnerait une efficacité extérieure au contrat, car sans elle il ne peut être exécuté conformément au dessein qu'auraient envisagé les parties.

249. Pour les successeurs, l'opposabilité liée au contrat-fait ne justifie qu'une partie des effets du contrat, mais la théorie du contrat-fait ne permet pas d'ériger l'opposabilité en un principe de la théorie générale de droit. Pour certains de ces auteurs, l'opposabilité est liée à la normativité du contrat. Celle-ci se divise selon deux conceptions. Une première conception, héritée d'une approche très ancienne, suppose que l'opposabilité du contrat doive être liée aux droits qui en sont issus, de sorte que la notion de l'opposabilité soit attachée à la notion de droit subjectif. La seconde, plus récente, voit en l'opposabilité un complément et une extension de la force obligatoire du contrat, ou celle de l'autorité de la chose jugée lorsqu'il est question des actes juridictionnels.

250. Quant aux auteurs derniers de la file — WINTGEN et DANOS —, toutes ces approches présentent des insuffisances. Pour WINTGEN, ni la théorie du contrat-fait ni celle de la normativité ne sont en mesure d'expliquer l'opposabilité. Celle-ci est la conséquence de diverses règles de droit qui varient d'un système juridique à l'autre. Ce même auteur estime que l'opposabilité n'est pas un principe, elle est un simple phénomène, purement descriptif qui ne permet pas d'expliquer les effets du contrat à l'égard des tiers. Seules les règles de la responsabilité délictuelle sont en mesure de justifier les sanctions dirigées contre une tierce implication ou contre les parties elles-mêmes — responsabilité délictuelle des tiers envers les parties et des parties envers les tiers —. C'est d'ailleurs sur la base de certaines de ces critiques que M. DANOS avait engagé sa réflexion sur l'opposabilité en proposant une nouvelle approche. Pour cet auteur, définir la propriété, c'est déjà comprendre l'essor de l'opposabilité, mais puisque la compréhension de la propriété est ambiguë, celle de l'opposabilité devait l'être encore plus. Le point de départ pour l'auteur était de confronter la propriété à la possession, car il constitue une étape importante à la compréhension de l'opposabilité *erga omnes*, concept inhérent aux droits réels. C'est à partir de cette confrontation que l'auteur a fait émerger la notion de l'opposabilité simple qui est le devoir d'abstention à l'égard de la situation juridique d'autrui, et l'opposabilité *erga omnes* qui est le devoir d'abstention ou « l'exclusion des tiers » de jouir de la chose d'autrui.

251. Cela dit, il faut reconnaître que c'est l'étude de DUCLOS sur l'opposabilité que celle-ci a pu être appréhendée en une conception unitaire. En effet, à l'inverse des approches classiques où l'opposabilité était limitée à l'acte juridique, DUCLOS est allé au-delà de sorte à affirmer que l'opposabilité peut également être étendue à tous

les faits, actes, droits ou situations juridiques, pour se résoudre enfin à la définition la plus connue de l'opposabilité à savoir : « *la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* »⁴⁴⁴.

252. Quant aux fondements subjectifs, l'opposabilité ne peut être appréhendée sans un examen des sujets à l'égard desquels elle s'adresse : les tiers. Les développements qui ont été présentés à ce sujet ont établi d'abord que la notion de tiers se définit le plus souvent par une distinction avec celle des parties. Ensuite, la qualité de tiers est une affaire de gradation, car plus on s'éloigne du cercle délimitant le champ contractuel des parties, plus le tiers, gravitant autour, devient de plus en plus étranger à ce rapport, et plus il se rapproche du foyer contractuel, plus il devient intéressé par le contrat et pourrait ainsi subir ses effets. Enfin, la notion de tiers se caractérise par son hétérogénéité et sa diversité.

253. Une fois ces fondements avancés, il n'a pas été difficile d'en déduire les applications et fonctions de l'opposabilité, à savoir la fonction sanction et la fonction probatoire. Dès lors, l'étude de ces fondements a pour mérite de mettre la lumière sur une condition nécessaire à la mise en œuvre de l'opposabilité, à savoir la connaissance.

⁴⁴⁴ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 2-1, p. 22.

SECTION II : LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE L'OPPOSABILITÉ

254. La connaissance, *pièce maîtresse*⁴⁴⁵ de la mise en œuvre de l'opposabilité.

Dans la première section de ce travail, nous espérons avoir démontré qu'en intégrant l'ordre juridique, le contrat ne peut plus être conçu juridiquement comme un élément isolé, mais doit être appréhendé comme composant essentiel de cet ordre dans lequel il s'insère parfaitement. Il devient donc un fait social et produit des effets autres qu'obligatoires, notamment à l'égard des tiers. Chacun de ces effets s'explique par des mécanismes constitutifs, translatifs, extensifs ou extinctifs d'un droit ou de toute autre situation juridique. Cependant, si l'opposabilité est bel et bien un principe à part entière, bien plus qu'un simple phénomène⁴⁴⁶, et que les différentes justifications doctrinales sur son fondement et son utilisation devenue banale par la jurisprudence et sa consécration dans un texte légal lèvent le doute sur son véritable ancrage dans le droit positif français, il a été démontré toutefois qu'elle reste distincte de sa mise en œuvre et de son efficience. En effet, comme tout concept juridique, l'opposabilité ne peut atteindre sa pleine efficacité sans qu'elle ne soit confrontée aux conditions de sa mise en œuvre, notamment la connaissance par le tiers de l'existence du contrat.

255. C'est effectivement l'objectif attendu de ce second travail : dépasser l'analyse de la phase dans laquelle l'opposabilité est conçue comme un principe, pour arriver au stade dans lequel elle doit pouvoir se mettre en marche. Ainsi, après avoir appréhendé la notion de connaissance sous ses différentes acceptions et identifié son domaine (§1), il sera question de saisir le rôle dévolu pour chaque connaissance, car il semble que la notion soit insaisissable. Effectivement, la jurisprudence a eu l'occasion de mettre le doigt sur les limites de la connaissance comme condition *sine qua non* de l'opposabilité, car elle n'est pas toujours systématique. Raison pour laquelle une étude de chaque acception de la connaissance s'impose. Mais pour chaque acception, nous tenterons d'identifier les cas dans lesquels la connaissance est suffisante pour opposer un droit aux tiers et d'analyser les cas dans lesquels elle est insuffisante. Cette démonstration concernera, dans un premier temps, la

⁴⁴⁵ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 245, p. 281.

⁴⁴⁶ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 168, p.155.

connaissance *de facto* (§2) et dans un second temps, la connaissance *de jure* (§3). Ainsi, la connaissance *de facto* est à elle seule suffisante pour opposer aux tiers certains contrats de droits personnels et de droits réels, alors qu'elle sera, en revanche, sans effet, lorsque la connaissance *de jure* devient une condition indiscutée de l'opposabilité. Assurément, on le verra, il est possible d'opposer certains éléments juridiques malgré le défaut de publicité. En présence de cette situation, la connaissance *de jure* est indifférente à l'opposabilité. Aussi, dans un sens inverse, certains éléments juridiques ne seront pas opposés en dépit de leur publication. Dans ce cas, la connaissance *de jure* est insuffisante à l'efficacité de l'opposabilité⁴⁴⁷.

§1 La connaissance condition à l'efficace⁴⁴⁸ de l'opposabilité

256. Proposition de définition. La connaissance est définie par le CORNU comme étant « *le fait d'être ou de se mettre personnellement au courant* »⁴⁴⁹. Juridiquement, cette définition implique deux acceptions. La première est le fait *d'être* au courant : une connaissance dont l'information a été rapportée par l'action d'une autre personne que soi-même. On pense que les éléments juridiques sont extériorisés d'une manière claire, certaine et visible. L'information résulte donc d'une extériorisation volontaire et serait effective⁴⁵⁰, car elle emprunterait des canaux privés ou légaux. Ce que l'on pourrait appeler ici une connaissance *de jure*⁴⁵¹, *irréfragable*⁴⁵², est une connaissance *confirmée*, organisée légalement par une forme de publicité⁴⁵³.

⁴⁴⁷ V. par exemple, le cas de certains contrats créateurs de droits personnels sur les immeubles, des contrats relatifs au droit de la concurrence et des contrats relatifs au droit de créance, etc. V. En ce sens, Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 266, p. 232 ; Georges VIRASSAMY, « *La connaissance et l'opposabilité* », in, Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge, L.G.D.J, 1992, n° 43 et s., p. 149 et s. ; Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 750 et s., p. 810 et s.

⁴⁴⁸ Le terme efficence, pour désigner une efficacité optimale de l'opposabilité, est utilisé par plusieurs auteurs. V. par exemple, José DUCLOS, *op. cit.*, n° 7, p. 29, n° 245, p. 281 ; Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 300 et s., p. 332 ; Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 491 et s.

⁴⁴⁹ Gérard CORNU, *op. cit.*, p.237.

⁴⁵⁰ Nous entendons par connaissance effective dans la présente thèse, la connaissance légalement organisée et qui résulte d'une forme particulière de publicité. Le terme « *effective* » que nous proposons ici, n'a pas la même signification que l'on peut retrouver chez certains auteurs — v. en ce sens, la connaissance effective selon José Duclos, *op. cit.*, n° 367 et s., p. 382 ; Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p.491 ; Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n° 483 et s., p. 327 et s. — . En effet, la connaissance effective selon ces auteurs est le produit de faits, de gestes et des signes extérieurs qui peuvent donner une certaine réalité du droit et une *présomption* renforcée de la connaissance, cette connaissance, en revanche, sera appelée dans notre thèse de connaissance simple, *de facto* ou naturelle.

⁴⁵¹ Expression latine signifiant *de droit*. Cette locution sera employée dans la présente thèse pour désigner la reconnaissance juridique à une situation de fait.

⁴⁵² V. en ce sens : Pierre CROCO, « *Opposabilité, publicité et connaissance des droits* », in, Mél. Jacques MESTRE, L.G.D.J, 2019, pp. 289 — 314.

⁴⁵³ V. En ce sens, José DUCLOS, *op. cit.*, n° 259, p. 291 ; Georges VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 30, p. 144 : « *Il s'ensuit, à notre sens que (...) la publicité avec la connaissance qu'elle permet, est constitutive ou génératrice, non de droit, mais*

257. L'autre acception est le fait de *se mettre* personnellement au courant. Cette seconde acception résulte d'un besoin personnel de s'informer. La connaissance est alors naturelle⁴⁵⁴, présumée simple ou *de facto*⁴⁵⁵. Elle est fragile, car, contrairement à la première, elle est parvenue après un effort personnel en dehors de toute confirmation ou infirmation sur sa réalité. Cette connaissance résulte donc de l'interprétation, propre à la personne, de l'ensemble des « *faits, des actes, des droits ou des situations, qui, grâce à des signes et des gestes, deviennent reconnaissables* »⁴⁵⁶ et constituent donc une source d'apparence des éléments juridiques⁴⁵⁷. Ce mode de

d'opposabilité » ; Henri-Léon MAZEAUD, Véronique RANOUIL, François CHABAS, *Leçons de droit civil. Suretés, publicité foncière*, t. 3, Vol. I, éd. 6^{me}, Paris, Montchrestien, 1988, n° 707, p. 637 : « *la publication d'un acte a seulement pour effet de rendre cet acte opposable aux tiers* » ; Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 748, p. 808.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, n° 250, p.283.

⁴⁵⁵ En prenant appui sur les thèses de José Duclos, de Frédéric Danos et d'autres auteurs, cette acception de la connaissance tient à la nature des éléments juridiques (José DUCLOS, *op. cit.*, n° 250, p. 285). En effet, les actes, les faits et les situations juridiques du fait de leur réalisation visible et reconnaissable, secrètent leur propre publicité et constituent la source, immédiate, d'information pour les tiers. Par exemple, la connaissance des éléments attachés aux choses corporelles vient de l'existence des prérogatives attachées à ces biens et de l'absence de leur clandestinité (v. *ibid.*, n° 251, p. 285), puisque n'importe quelle personne pourra facilement reconnaître et identifier la chose qui ne lui appartient pas. Naturellement, si on ne détient aucun droit sur la chose, celle-ci appartient à autrui, même les *res nullius* (Les biens vacants et les choses sans maître appartiennent à l'État. V. par ex. les articles 539 et 713 du Code civil). Cette situation impose donc à l'égard des tiers un devoir de respect général. Ainsi, tout empiètement sur ces prérogatives constitue une atteinte au droit du détenteur. Par ailleurs, la doctrine estime que si les tiers sont capables d'identifier la chose d'autrui, c'est en partie grâce à la possession réelle. En effet, nous avons évoqué, suivant la thèse de M. Danos, que la possession est l'exercice de *fait* et non de *droit* des prérogatives attachées au droit de propriété ; la possession est donc *l'exercice factuel* de la propriété. Elle a donc pour fonction, par l'extériorisation qu'elle réalise, de porter à la connaissance des tiers l'existence du rapport d'appropriation dont fait l'objet une chose, en ce compris les droits patrimoniaux (V. en ce sens : Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 299, p. 332). C'est ainsi que dispose, par exemple, l'alinéa premier de l'article 1198 du Code civil, anciennement l'article 1141 (si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi), que « *lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi* ». Ainsi, connaissant que la chose ne m'appartient pas, il est évident que celle-ci appartient à autrui. Ma connaissance de la chose est donc simple ou naturelle, puisqu'on identifie uniquement la chose, mais pas la personne détentrice. En revanche, si la possession, considérée comme *la publicité de fait* du rapport d'appropriation d'une chose (V. en ce sens, George RIPERT et Jean BOULANGER, *op. cit.*, n° 2869, p. 995 ; *Ibid.*, n° 252, p. 286 et s.), est effective et la personne qui en jouit est identifiée, celle-ci manifeste à l'égard des tiers l'existence de ce rapport et les informe du devoir d'abstention qui leur est désormais imposé non seulement envers la chose d'autrui, mais également envers le possesseur ou le détenteur, car il arrive que l'on possède la chose, mais qu'on n'en soit pas le propriétaire. Autrement dit, c'est de par la possession que les tiers réalisent l'existence du rapport d'appropriation, et c'est elle qui donne naissance à la propriété. Cette justification de la connaissance par la possession semble, cependant, limitée lorsqu'il s'agit des droits intellectuels. En effet, la manifestation externe de ces droits est pratiquement inexistante du fait de la nature abstraite de leur objet. M. Duclos tempère ce constat en disant que bien que leur clandestinité soit partielle, les prérogatives qui leur sont attachées s'exercent grâce à des supports matériels qui les extériorisent sensiblement. Même solution pour les éléments relatifs aux personnes, leur connaissance naturelle dépend de l'élément envisagé. Si les droits de la personnalité peuvent être facilement connus du fait de l'existence de l'individu, les droits personnels, en revanche, risquent de ne pas être portés à la connaissance des tiers, car ils sont essentiellement abstraits. À côté de la possession, d'autres éléments peuvent, également, révéler aux tiers la détention ou la jouissance effective des droits. En effet, construire un mur, ajouter une porte ou une fenêtre, délimiter un champ : sont autant de *marques physiques* qui extériorisent la servitude et les prérogatives que la personne a sur son bien.

⁴⁵⁶ En ce sens, José DUCLOS, *op. cit.*, n° 250, p. 283.

⁴⁵⁷ V. En ce sens, *Ibid.*, n° 259, p. 291. À propos de la publicité source d'apparence, l'auteur cite René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911, p. 76 ; Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, L.G.D.J., 1959, n° 31 et 32 ; Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 779.

connaissance ne représente qu'une information « *rudimentaire et divinatoire* »⁴⁵⁸. Les éléments fournis sont parfois imprécis et ne sont pas juridiquement fiables. Par exemple, la détention d'un bien, en dehors d'une forme de publicité, peut traduire aussi bien, l'exercice d'un droit de propriété, de possession, d'usage, ou même d'appropriation illégale d'un de ces droits. L'apparence et les signes extérieurs ne sont qu'une « *présomption simple* » de connaissance et peuvent parfois conduire à des conclusions erronées. Ainsi, pour garantir la sécurité juridique des transactions et une efficacité pleine de l'opposabilité, la loi a subordonné, dans certains cas, de compléter ou de remplacer la connaissance *de facto* par une connaissance *de jure*.

258. Lien entre l'opposabilité et la connaissance. La question du lien qui peut exister entre l'opposabilité et la connaissance s'est toujours posée. Certains auteurs estiment que ces deux notions sont amplement liées. D'autres, en revanche, affirment le contraire et justifient l'efficacité de l'opposabilité par d'autres moyens en limitant le rôle de la connaissance⁴⁵⁹. Ainsi que l'a fait remarquer Mme BERTRAND dans sa thèse de doctorat, la connaissance ne conditionne l'opposabilité qu'à titre exceptionnel. Selon cette auteure, l'obligation d'inviolabilité du contrat, qui se déduit d'emblée de l'opposabilité, est une obligation permanente. Ce n'est qu'au moment de la sanction que le tiers peut invoquer son ignorance légitime de l'existence de cette obligation⁴⁶⁰. L'auteure admet donc que la connaissance n'est pas une condition de l'opposabilité, mais devient nécessaire pour engager la responsabilité du tiers. Elle serait sans incidence sur le principe de l'opposabilité, mais demeure, toutefois, une nécessité pour justifier la responsabilité du tiers en présence d'un conflit qui est, évidemment, ultérieur à l'obligation d'inviolabilité.

259. Plus proche de cette thèse, M. DUCLOS, retient que : « *La connaissance par les tiers des éléments juridiques représente la pièce maîtresse de la mise en œuvre de l'opposabilité* »⁴⁶¹, elle ne serait donc mobilisée pour l'essentiel que dans la mise en œuvre de l'opposabilité⁴⁶². Cette connaissance, qui l'appelle réputée, trouve sa

⁴⁵⁸ *Ibid.*, n° 258, p. 289.

⁴⁵⁹ V. par exemple, René DEMOGUE, *op. cit.*, n° 70, p.1933, qui justifie l'efficacité de l'opposabilité par la théorie générale de l'inopposabilité : « *dans certains cas, le contrat passé est inopposable aux tiers, cela prouve donc que normalement il leur est opposable* » ; v. également la justification de Jean Louis GOUTAL, *op. cit.*, n° 33, p. 34, qui selon lui « *l'opposabilité du contrat procède de l'idée qu'il est un fait social, qu'il a créé une situation qu'aucun membre de la société n'est fondé à méconnaître — ni les tiers ni les parties* ».

⁴⁶⁰ V. Florence BERTRAND, *op. cit.*, n° 181, p. 278 : « *sa sanction qui peut être paralysée par l'absence de faute du tiers qui peut invoquer son ignorance légitime du contrat* ».

⁴⁶¹ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 245, p. 281.

⁴⁶² *Ibid.*, n° 246-2, p. 282, n° 247, p. 282

justification dans l'ordre social⁴⁶³ : une supposition qui procède du même esprit que la règle impérieuse « *nul n'est censé ignorer la loi* »⁴⁶⁴ et impose aux tiers un devoir de s'informer, à condition que cette information soit possible et disponible⁴⁶⁵. Quant à la connaissance effective, elle n'est requise que de façon exceptionnelle. Mais dans tous les cas, « *il apparaît que l'opposabilité se fonde techniquement sur la connaissance réputée et la connaissance effective de la réalité* »⁴⁶⁶. Cette thèse, bien qu'elle présente de moult intérêts, est critiquée, car « *la présomption légale de connaissance des contrats qui n'est qu'une fiction et sur une assimilation excessive du contrat à la loi (...) elle ne rend pas compte des solutions du droit positif* »⁴⁶⁷.

260. L'autre courant, en revanche, rejette l'idée de l'indifférence du rôle de la connaissance à l'efficacité de l'opposabilité et il en a fait, au contraire, la condition indiscutée surtout lorsqu'il s'agit des contrats ayant pour objet un droit réel, mais également certains contrats ayant pour objet un droit personnel du fait de leur extrême mobilité⁴⁶⁸. Le plus souvent, doctrine et jurisprudence soutiennent, tout de même, que la responsabilité et l'appréciation de la mentalité du tiers ne sont à considérer que si sa connaissance de la situation juridique avait été avérée et que son information, au moment d'agir, aurait pu modifier son esprit et son comportement⁴⁶⁹. Mais cela est-il possible avec une connaissance simple ? On peut supposer que les tiers, pour échapper au devoir d'abstention qui leur incombe peuvent, du fait de la fragilité de la connaissance simple, démontrer leur ignorance réelle et dire que la réalité n'était que présumée et qu'il n'y avait pas d'éléments formels capables de la faire reconnaître. Il y a là donc un moyen pour les tiers de se soustraire à l'opposabilité en se prévalant du défaut de publicité pour ne point subir les conséquences néfastes d'un contrat *clandestin*⁴⁷⁰. Pourtant, la jurisprudence, dans certains cas et de manière constante, a affirmé, par exemple, que c'est en raison de sa connaissance simple du contrat à la violation duquel il s'associe, que le tiers complice

⁴⁶³ V. *Ibid.*, n° 247, p. 282 ; v. également, Jean Louis GOUTAL, *op. cit.*, n° 33 : « *L'opposabilité du contrat procède de l'idée qu'il est un fait social, qu'il a créé une situation qu'aucun membre de la société n'est fondé à méconnaître — ni les tiers ni les parties* ».

⁴⁶⁴ *Ibid.* Cependant, les auteurs, GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, pensent que cette assimilation de la connaissance des actes juridiques à la connaissance de la loi est excessive. Un simple fait social ne peut s'imposer aux individus comme une règle légale, prérogative du pouvoir législatif, dont la connaissance est assurée par la publication au journal officiel et autres canaux de publicité.

⁴⁶⁵ La difficulté pour l'auteur n'était pas de confirmer le rôle de la connaissance dans l'efficacité de l'opposabilité, mais constate que la difficulté consiste à déterminer le rôle de la connaissance et ses modes d'acquisition.

⁴⁶⁶ José DUCLOS, *op. cit.*, n° 444, p. 461.

⁴⁶⁷ Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, éd. 3^{ème}, L.G.D.J., 2001, n° 740, p. 796.

⁴⁶⁸ Georges VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 8, p. 135.

⁴⁶⁹ V. en ce sens : José DUCLOS, *op. cit.*, n° 246-1, p. 281.

⁴⁷⁰ Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 493.

est sanctionné. En revanche, dans d'autres hypothèses, la connaissance *de facto* s'est avérée insuffisante à l'efficacité de l'opposabilité, notamment, lorsque l'acte en question se trouve visé par les dispositions du décret du 4 janvier 1955. Ainsi, pour garantir la sécurité juridique, la loi subordonne donc l'efficacité de l'opposabilité à une formalité de publicité⁴⁷¹. Tant que celle-ci n'est pas accomplie, les droits soumis à la publication sont transférés *inter partes* et ne le sont pas à l'égard des tiers.

261. Le rôle de la connaissance pour départir les intérêts antagonistes. Certainement, on ne peut comprendre le rôle de la connaissance qu'en présence des intérêts antagonistes. Ces intérêts génèrent naturellement des situations conflictuelles. L'opposabilité est alors appelée à jouer son rôle qui est d'attribuer le crédit à la situation préférentielle. Pour permettre la réalisation effective des droits, deux critères d'analyse sont naturellement observés. Le premier consiste à analyser la nature de ces droits, c'est-à-dire entre droits réels et personnels. Le second critère dépendra naturellement de la connaissance que les uns ont eu des droits des autres pour délimiter le domaine des uns par rapport aux autres. C'est ainsi que s'expliquent, par exemple, les différents mécanismes qui participent à la divulgation de l'information. Ils peuvent parfois prendre la forme d'une publicité légale qui est une formalité lourde et coûteuse ou une simple notification. Ces mécanismes vont permettre la diffusion de l'information et ainsi être la cause de la préférence que l'on donnera par la suite à chaque situation conflictuelle. On peut dire que la préférence découle de l'opposabilité.

262. Le recours à la connaissance selon la nature des droits. Il est inutile de rappeler que l'opposabilité concerne naturellement les droits et les situations juridiques. Lorsqu'il s'agit d'opposer un droit, la doctrine a toujours distingué entre l'opposabilité des droits personnels et celle des droits réels, car l'intensité de l'opposabilité pour chacun de ces droits n'est pas toujours la même. Lorsqu'il s'agit, par exemple, d'un droit de créance exigible entre deux personnes, l'obligation ne se manifeste pas à l'égard des tiers, car elle est strictement relative *inter partes*. « *L'organisation d'un système de publicité n'est alors ni souhaitable ni réaliste en raison de la multiplicité des obligations et de leur nécessaire mobilité* »⁴⁷². À l'opposé, les droits réels

⁴⁷¹ Il en est ainsi des actes ayant pour objet la constitution ou le transfert de droits réels immobiliers et même de certains droits personnels soumis au régime de la publicité foncière par le décret-loi du 4 janvier 1955 — art. 28 du Code civil —. Les actes de donation sont également soumis aux formalités de transcription prévues aux articles 939 et 941 du Code civil. C'est notamment le cas pour la publicité de la vente du fonds de commerce — art. L141-12 et s. du Code de commerce —, du crédit-bail - art. R313-3 du CMF — ou la publicité de la cession des titres sociaux par modification des statuts au RCS — art. L221-14 du code de commerce —.

⁴⁷² Georges VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 6, p. 134 ; v. également en ce sens, José DUCLOS, *op. cit.*, n° 438, p.450.

portent sur des choses corporelles, qui produisent leur propre publicité, car leur simple existence physique permet de les reconnaître et seraient, de ce fait, opposables sans qu'il y ait besoin de les conditionner à une quelconque formalité⁴⁷³, partant du principe que ce qui ne m'appartient pas appartient nécessairement à autrui. Suivant cette doctrine, on peut soutenir que l'opposabilité des droits réels est une opposabilité d'emblée indépendante de la connaissance. Mais en réalité, l'opposabilité est destinée surtout aux actes qui opèrent constitution ou transfert de ces droits. Qu'ils portent sur un droit personnel ou réel, ces actes font sortir l'opposabilité de la phase de principe au stade de l'applicabilité. À cet instant précis, la connaissance est destinée à jouer son rôle de catalyseur de l'opposabilité. C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle le législateur, dans un but de conférer une efficacité pleine à l'opposabilité, a soumis les actes portant sur des droits réels et certains actes de droits personnels à l'obligation de publicité sous peine d'inopposabilité.

263. Ainsi, la connaissance se révèle être une nécessité incontestée à l'opposabilité. Il est donc naturel de ne pas reprocher aux tiers le fait d'avoir entravé un droit auquel ils n'ont pas eu connaissance. Si cette entrave est provoquée au mépris de la connaissance que l'on a de cette obligation, le tiers verra sa responsabilité extracontractuelle engagée. Une sanction qui impose de toute évidence la recherche d'une faute. Celle-ci ne sera retenue que si le tiers avait délibérément porté atteinte en se rendant, par exemple, complice d'une violation contractuelle tout en connaissant la situation juridique qui en découlait.

264. L'influence de la qualité du tiers sur la connaissance. La connaissance que détient un tiers proche du foyer contractuel est-elle comparable, voir plus effective, que celle détenue par un tiers *penitus extranei*? D'un point de vue pratique, la réponse semble évidente. En effet, lorsque le tiers est uni par un lien de parenté ou d'amitié avec le débiteur, il serait plus facile de démontrer que le tiers connaissait la situation juridique et financière du débiteur. S'il décide de conclure, le tiers ne peut prétendre ignorer les obligations contractuelles de son proche débiteur. Cependant, bien que sa connaissance personnelle de la situation juridique du débiteur soit de façon certaine confirmée, elle est parfois insuffisante à établir la faute. C'est le cas, par exemple, de la vente qui intervient en violation d'une sûreté réelle non publiée.

⁴⁷³ V. en ce sens : Florence BERTRAND, *op. cit.*, n° 181, p. 278 ; José DUCLOS, *op. cit.*, n° 40 et s., p. 61 et s., Marc BILLIAU, « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », in, Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge, *op. cit.*, n° 6, p. 194 ; Lionel ANDREU, *Publicité foncière*, Répertoire Dalloz de droit civil, 2020, n° 60.

C'est pourquoi la jurisprudence estime que la simple connaissance de l'hypothèque non inscrite est insuffisante à rendre opposable, vis-à-vis du tiers mis au courant, la sûreté réelle, à moins que le tiers ait agi en fraude au droit du créancier. Dans ce cas, c'est la preuve de l'intention frauduleuse qui reste difficile à établir et non pas la connaissance du tiers. En effet, il est possible que le tiers n'ait pas voulu agir en fraude à l'obligation qu'il connaissait au préalable, mais seulement qu'il n'ait pas su évaluer suffisamment la portée de son acte.

265. Pour conclure, la connaissance personnelle, *de facto*, ou simple devient, exceptionnellement, un élément suffisant à l'opposabilité lorsque la mauvaise foi du tiers est établie.

§2 La connaissance *de facto* : condition exceptionnelle de la mise en œuvre de l'opposabilité

266. Si l'on se convainc, à l'issue des deux développements à venir, que la connaissance est en attachement indéfectible à la mise en œuvre de l'opposabilité, on partagerait sans doute la conception subjective de la publicité foncière : une démarche qui consiste à permettre aux tiers de connaître l'existence d'un droit à travers la publicité à l'accomplissement de laquelle l'opposabilité sera alors soumise, créant ainsi une connaissance présumée par les tiers du droit publié.

267. Cependant et à défaut de son accomplissement, on ne peut priver le tiers de se prévaloir de son droit à l'ignorance, à moins qu'il soit de mauvaise foi. Si sa démarche est déloyale, la connaissance *de facto* se trouve exceptionnellement admise comme moyen suffisant à l'opposabilité (A). Néanmoins, la vastitude de la notion de la bonne foi, il est difficile de mobiliser la connaissance *de facto* sans qu'elle ne soit pas alourdie, c'est-à-dire, renforcée par d'autres éléments supplémentaires permettant de confirmer le comportement illicite du tiers. En outre, cette connaissance se trouve parfois paralysée en présence de certains actes. Dans ces conditions, la connaissance *de facto* est alors insuffisante à doter l'opposabilité d'une efficacité pleine (B).

A. *Une condition a priori suffisante*

268. La connaissance *de facto* suffisante à l'efficacité de l'opposabilité à travers une appréciation de la responsabilité. Le premier alinéa de l'article 1200 du Code civil consacre le principe de l'opposabilité aux tiers : « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ». Ainsi affirmé, le principe de l'opposabilité doit, pour être efficace, actionner la sanction lorsque la situation juridique nouvelle créée par le contrat vient précisément d'être altérée par un tiers. La nature de cette sanction est déterminée en fonction de ses agissements⁴⁷⁴. Il s'agira le plus souvent de la responsabilité du tiers à l'égard du contractant. Ainsi, toute atteinte aux droits d'autrui oblige réparation, c'est ce que préconise la responsabilité civile extracontractuelle⁴⁷⁵. En effet, cette dernière appellation, étant aujourd'hui préférable à celle de responsabilité délictuelle qui apparaît en décalage avec la place résiduelle des délits dans le droit contemporain de la responsabilité⁴⁷⁶, est l'expression ultime de l'opposabilité, le bras armé qui sanctionne toute personne tierce atteignant positivement ou négativement le contrat d'autrui, car le principe de l'opposabilité ne cesse de le rappeler : le contrat impose un devoir d'abstention à l'égard de toute personne n'ayant pas apporté son consentement.

269. Mais en admettant que la responsabilité du tiers est une conséquence inéluctable de l'opposabilité du contrat⁴⁷⁷, sa mise en œuvre est naturellement soumise, d'une part, aux conditions de la responsabilité civile extracontractuelle, mais dépendra, également, des conditions d'*efficience*⁴⁷⁸ de l'opposabilité. Ceci dit, si l'exigence de la connaissance dans son acception large, comme nous l'avons vu précédemment, est parfois écartée comme condition à l'efficacité de l'opposabilité, puisqu'une partie de la doctrine considère que le contrat est opposable aux tiers sans aucune formalité⁴⁷⁹, la connaissance *de facto* peinerait à s'affirmer comme élément suffisant à la mise en œuvre de l'opposabilité. Pourtant, la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur certains actes dont la présomption de connaissance

⁴⁷⁴ V. en ce sens : Jacques GHESTIN, Charles JAMIN et Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 738.

⁴⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1999, *Bull. civ. I*, n° 32 ; D. 1999, Somm. p. 263, *obs.* DELEBECQUE : « *Le contractant, victime d'un dommage né de l'inexécution d'un contrat peut demander, sur le terrain de la responsabilité délictuelle, la réparation de ce préjudice au tiers à la faute duquel il estime que le dommage est imputable* ». V. également : Jacques GHESTIN, Charles JAMIN et Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 730 ; Geneviève VINEY, *op. cit.*, n° 202 s.

⁴⁷⁶ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, éd. 11^{ème}, L.G.D.J, 2021, n° 370, p. 323.

⁴⁷⁷ Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 193, p. 171.

⁴⁷⁸ Le terme *efficience*, pour désigner une efficacité optimale de l'opposabilité, est utilisé par plusieurs auteurs. V. par exemple, José DUCLOS, *op. cit.*, n° 7, p. 29, n° 245, p. 281 ; Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 300 et s., p. 332 ; Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 491 et s.

⁴⁷⁹ V. Alex WEILL, *op. cit.*, p. 172.

suffit à les rendre opposables aux tiers. C'est le cas des actes conclus en violation des droits d'autrui (1) ou les actes conclus par les tiers en concurrence de ceux d'autrui (2).

1. En présence d'actes conclus en violation des droits d'autrui

270. La connaissance *de facto*, un moyen suffisant au déclenchement de la responsabilité du tiers fautif. Puisque la jurisprudence n'a pas hésité à sanctionner l'attitude d'un tiers qui, en connaissance de cause, participe à la violation des obligations créées par le contrat, l'intérêt de la connaissance paraît évident : *évaluer le degré de la bonne ou de la mauvaise foi du tiers*⁴⁸⁰. Mais cette conception est-elle valable pour toute acception de la connaissance ? Le développement qui va suivre révélera qu'en effet, la connaissance lorsqu'elle est simple ou *de facto*, peut suffire à résoudre certains conflits impliquant des intérêts légitimes. En effet, c'est en raison de sa connaissance *de facto* du contrat à la violation duquel il prend part que le tiers complice est sanctionné.

271. La connaissance *de facto* du tiers complice, condition suffisante à rendre sa convention inopposable. Le tiers est lié par un devoir d'inviolabilité qui lui interdit d'atteindre le contrat d'autrui ou de participer à sa violation. Lorsqu'il s'agit d'apprécier le contenu de ce devoir, il est plus souvent fait référence aux hypothèses de la tierce complicité où le tiers, en concert avec le débiteur, contracte dans le but d'empêcher ou de compromettre l'exécution d'un contrat. Bien qu'elle ne soit pas la seule hypothèse qui conduit le tiers à voir sa responsabilité engagée, puisque la responsabilité du tiers n'est pas restreinte à la complicité et peut être recherchée dans des hypothèses où le débiteur n'a commis aucune faute contractuelle, la complicité dans la violation des droits d'autrui est sanctionnée. Cependant, si le devoir d'inviolabilité du contrat garantit aux parties, au titre de son opposabilité, une protection contre les agissements des tiers, ces derniers peuvent se prévaloir également des protections que leur offre le droit, notamment, lorsqu'ils sont dans la légitimité d'ignorer l'existence d'un contrat dont ils n'ont eu aucune connaissance.

⁴⁸⁰ Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, éd. 2^{ème}, L.G.D.J, 1994, n° 392, p. 453.

272. Il est donc important de concilier l'intérêt des parties avec celui des tiers. C'est pour cette raison que la notion d'efficace de l'opposabilité a émergé, permettant de ne pas confondre entre opposabilité, qui suppose que tous les éléments de l'ordre juridique soient opposables *erga omnes*, et sa mise en œuvre. Ainsi, pour permettre à l'opposabilité d'atteindre son efficacité, la responsabilité du tiers, soupçonné de complicité, ne peut être recherchée que s'il est prouvé que le tiers a agi en connaissance de cause. La connaissance se conçoit donc aisément comme une condition de la mise en œuvre de l'opposabilité.

273. Nonobstant, l'application des règles de l'efficace de l'opposabilité se heurte à une difficulté. Lorsqu'il s'agit d'opposer un droit, la doctrine a toujours distingué entre l'opposabilité des droits personnels et celle des droits réels, car l'intensité de l'opposabilité pour chacun de ces droits n'est pas toujours la même. Par exemple, pour un droit de créance exigible entre deux personnes, l'obligation ne se manifeste pas à l'égard des tiers, car elle est strictement relative *inter partes*. L'organisation d'un système de publicité n'est alors ni souhaitable ni réaliste en raison de la multiplicité des obligations et de leur nécessaire mobilité⁴⁸¹. À l'inverse, les droits réels portent sur des choses corporelles et produisent leur propre publicité, car leur simple existence physique permet de les reconnaître et serait, de ce fait, opposable sans qu'il soit nécessaire de les conditionner à une quelconque connaissance. Suivant cette doctrine, on peut soutenir que l'opposabilité des droits réels est une opposabilité d'emblée indépendante de la connaissance, tandis que celle des droits personnels n'est efficace que si on la subordonne à la connaissance.

274. Mais en réalité, même si la connaissance semble, *a priori*, être une nécessité indiscutée à l'efficacité de l'opposabilité des droits personnels et, en principe, inutile lorsqu'il s'agit de l'opposabilité des droits réels, une telle doctrine est, toutefois, tempérée notamment en présence de certaines opérations telles que les cessions de créances professionnelles qui, en application de l'article L.313-27 du CMF, sont opposables aux tiers sans publicité et donc sans connaissance ; alors que pour les contrats ayant pour objet un droit réel, le régime de leur opposabilité est soumis à une publicité foncière et donc une connaissance exigée. Il semble donc logique qu'on ne puisse reprocher aux tiers le fait d'avoir entravé les droits issus d'un contrat, non soumis à publicité, dont ils ne connaissent pas l'existence. Cependant, si cette entrave

⁴⁸¹ V. en ce sens : Georges VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 8, p. 135.

est provoquée au mépris de la connaissance de cette obligation, le tiers verra sa responsabilité extracontractuelle engagée. C'est en ce sens que la Cour de cassation par un arrêt du 11 octobre 1971 a censuré la cour d'appel, qui avait écarté la responsabilité délictuelle d'un tiers qui livrait des produits à des détaillants au mépris de la clause qui liait détaillants et fournisseurs, en considérant « *en statuant ainsi, alors que toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction* »⁴⁸².

275. Dans un autre arrêt en date du 23 octobre 1984, la Cour de cassation est venue, encore une fois, censurer l'arrêt de la cour d'appel qui avait décidé de rejeter l'action en concurrence déloyale formée par un ancien employeur contre un autre employeur lequel avait maintenu en fonction des salariés, tout en étant parfaitement informé de l'existence de la clause de non-concurrence. La Cour de cassation avait retenu « *qu'ayant admis que la société Gel normand, après avoir pris connaissance de l'existence de la clause litigieuse, avait gardé les salariés à son service pendant près de trois mois, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si, comme le soutenait la société Gel Riva dans ses écritures d'appel, le comportement de la société Gel Normand pendant la période considérée n'était pas constitutif d'un acte de concurrence déloyale, a privé sa décision de base légale* »⁴⁸³.

276. Cette solution semble constante, car, récemment, la Cour de cassation a une nouvelle fois, le 16 octobre 2019, rendu un arrêt allant dans le même sens et a cassé la décision des juges du fond pour avoir rejeté la demande d'une agence d'intérim qui reprochait à un de ses concurrents l'embauche d'un ancien salarié lié par une clause de non-concurrence pour exercer une activité identique dans l'agence qu'il venait de créer dans le même secteur. Bien que la cour d'appel de Nancy ait relevé que l'ancien salarié avait été recruté en connaissance de l'existence de la clause de non-concurrence le liant à son ancien employeur, elle retient tout de même « *que si le débauchage de celui-ci est avéré, il devait, pour être déclaré fautif, être assorti de manœuvres frauduleuses destinées à connaître les méthodes commerciales de l'ancienne société, de manière illégitime, dans le but de la désorganiser* »⁴⁸⁴. La haute juridiction a

⁴⁸² Cass. com., 11 oct. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 237, p. 221 ; D. 1972, p. 120. V. l'arrêt de principe, Cass. com., 3 janv. 1964, *Bull. civ. III*, n° 3, p. 2 ; Dans le même sens, Cass. com., 30 oct. 1968, *J.C.P.*, 1969, II, 15 964, *note* PRIEUR, Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1970, *Bull. civ. I*, n° 241, p. 196 ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 nov. 1988, *Bull. civ. III*, n° 163, p. 88 ; D. 1989, *note* MALAURIE.

⁴⁸³ Cass. com., 23 oct. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 272, p. 222. V. dans le même sens : Cass. soc., 25 janv. 1984, *Bull. civ. V*, n° 31, p. 24 ; D. 1984, I. R. p. 443, *obs.* SERRA ; Cass. com., 5 fév. 1991, *Bull. civ. V*, n° 51, p. 34 ; Cass. com. 22 févr. 2000, n° 97-18.728, CCC 2000, n° 81, *obs.* MALAURIE-VIGNAL.

⁴⁸⁴ V. Charles-Édouard BUCHER, « *Droit de la distribution et de la concurrence* », *Rev. l'Essentiel*, déc. 2019, n° 11, p. 5.

affirmé que : « en statuant ainsi, alors que commet une faute délictuelle celui qui, sciemment, recrute un salarié en pleine connaissance de l'obligation de non-concurrence souscrite par ce dernier au bénéfice de son ancien employeur, sans qu'il soit nécessaire d'établir à son encontre l'existence des manœuvres déloyales, la cour d'appel a violé l'article 1382 [aujourd'hui 1240], du Code civil »⁴⁸⁵. C'est également la même solution qui a été retenue pour le pacte de préférence. Dans un arrêt très attendu⁴⁸⁶, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence pour ce qui concerne le pacte de préférence. La solution saluée par la doctrine, fut consacrée et quelque peu rectifiée par la réforme du 10 février 2016 à l'article 1123 du Code civil. Conformément à cet article, lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi s'il est démontré que le tiers avait connaissance, le jour de la conclusion, de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Ce dernier peut donc agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

277. Les exemples sont nombreux, mais on en retient la règle suivante : dans l'éventualité d'une complicité du tiers, la connaissance *de facto* est un des éléments élémentaires à l'opposabilité du contrat aux tiers, étant donné que la connaissance, même si elle n'a pas fait l'objet d'une extériorisation volontaire par la voie de canaux légaux spécifiques, est sans conteste certaine, puisque le terme de complicité signifie que le tiers, de par son comportement volontaire, a agi en concertation avec le débiteur, au mépris du rapport qui le réunit avec le créancier, en violation des obligations contractuelles. On considère à juste titre que le tiers, est parfaitement informé de la situation juridique qu'entretient le débiteur avec son créancier. Que penser à présent du rôle de la connaissance *de facto* dans la résolution des conflits de droits concurrents ?

2. En présence d'actes concurrents

278. **La mauvaise foi du tiers, critère décisif pour départager le conflit d'actes concurrents.** À chaque fois qu'un tiers acquiert des droits concurrents à ceux d'autrui, toutes les règles visant à départager les titulaires de ces actes incompatibles

⁴⁸⁵ Cass. com., 16 oct. 2019, n° 18-15418.

⁴⁸⁶ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 P : R., p. 330 ; JCP 2006 II. 10 142, note LEVENEUR.

combinent des critères à la fois objectifs et subjectifs. Effectivement, le juge va se reporter d'abord aux critères de la hiérarchie des actes, de leur publicité ou la chronologie de leur acquisition, mais va également recourir à l'appréciation de la bonne foi de celui qui est censé les détourner de leur finalité. En principe, si la mauvaise foi est avérée, le critère objectif ne peut plus être mobilisé, car la mauvaise foi le supplante. Ainsi, le seul critère qui sera mobilisé dans ce cas est le critère subjectif. Cette approche se trouve souvent mobilisée dans le cas d'une acquisition concurrente d'un même immeuble ou dans le cas de certains actes concurrents de droits personnels.

279. La situation d'une acquisition concurrente d'un même immeuble. Même s'ils confèrent à leur titulaire une opposabilité immédiate et que leur connaissance peut facilement se déduire de leur simple existence physique, les droits réels nés d'une convention se retrouvent parfois confrontés au conflit qui oppose deux acquéreurs successifs d'un même bien. La situation se présente lorsque deux acquéreurs se disputent un même bien immobilier, précisément, ces deux acquéreurs ont acquis du même auteur des droits concurrents sur le même immeuble. En vertu des règles de la publicité foncière⁴⁸⁷, c'est l'acquéreur qui a le premier accompli les formalités de publicité foncière qui l'emporte. Cette solution est annoncée par l'alinéa second de l'article 1198 du Code civil qui stipule que : « *Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi* ». Il en résulte que pour résoudre le conflit de propriété, il convient de se reporter à la date de publication de l'acte translatif de propriété pour départager les acquéreurs. Aussi, en application de l'article susmentionné, c'est l'acquéreur qui a le premier publié l'acte de vente, qui l'emporte sous réserve qu'il ne soit pas de mauvaise foi.

280. En effet, l'exigence de bonne foi est une réserve posée à cette règle, et pour cause, *fraus omnia corrumpit*⁴⁸⁸ ou *malitiis non est indulgendum*⁴⁸⁹. Pour bien comprendre, en cas de mauvaise foi du second l'acquéreur — premier publiant — c'est-à-dire s'il avait connaissance d'un premier acte de vente antérieur portant sur le même bien, il ne peut se prévaloir des règles de la publicité foncière pour faire primer

⁴⁸⁷ Art. 30-1 Décr. n° 55-22 du 4 janv. 1955

⁴⁸⁸ La fraude corrompt toute chose, *in*, Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 1092 ; ou la fraude entache de nullité tout acte accompli sous son couvert, *in*, Jean-Paul DOUCET, Adages classiques/formules juridiques en latin, https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/adages_classiques/formules_en_latin.htm.

⁴⁸⁹ Aux hommes de mauvaise foi, point d'indulgence, *in*, Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 1093.

son droit. Par voie de conséquence, les formalités de publicité accomplies par le second acquéreur sont inopposables au premier acquéreur. Cette condition de bonne foi confirme bien que la connaissance est l'une des conditions de mise en œuvre de l'opposabilité. Ainsi, selon un auteur : *associer la connaissance à l'opposabilité n'a de sens que si l'on se réfère à la fonction de l'opposabilité. L'opposabilité a toujours une fonction préférentielle : elle ne se manifeste juridiquement qu'en présence d'intérêts antagonistes*⁴⁹⁰.

281. La publicité foncière, qui apparaît aujourd'hui comme une formalité indispensable à la protection des acquéreurs de droits réels contre les actes occultes, conclus antérieurement ou postérieurement et qui pourraient leur nuire, n'est apparue que récemment. Avant la promulgation de la loi du 23 mars 1855, lorsque deux acquéreurs se disputaient le même bien, la préférence était donnée suivant la règle *prior tempore, potior jure*, c'est-à-dire, au premier acquéreur en date, puisque le droit civil français admet la transmission de la propriété *solo consensus*. Aussi, avec cette loi, l'obligation de la transcription en matière hypothécaire assurait la sécurité du crédit hypothécaire et du crédit foncier. Un siècle plus tard, la loi de 1855 fut confortée par le décret du 4 janvier 1955 qui instaure, enfin, un véritable système de publicité foncière. Depuis, les conflits de titularité ne sont plus résolus par la chronologie d'acquisition des titres, mais par la chronologie des publications au registre foncier et sera préféré celui qui a publié son titre d'acquisition le premier en date, bien sûr, sous réserve de bonne foi.

282. Dès lors qu'il y a mauvaise foi, la jurisprudence a infléchi à maintes reprises la solution de la primauté du premier publiant en introduisant l'hypothèse du concert frauduleux. Effectivement, les premiers arrêts rendus en ce sens étaient très clairs : les règles de la transcription ne devaient être écartées qu'en cas de concert frauduleux entre le vendeur et le second acquéreur en date⁴⁹¹. Ainsi, on a écarté tout avantage que peut offrir la loi à l'acquéreur diligent, à condition que la fraude ait bien existé, c'est-à-dire, bien plus qu'une simple faute. En conséquence de quoi, quelques années plus tard et plus précisément en 1968, la Cour de cassation, par un arrêt, dénommé Vallet, du 22 mars, a entériné cette solution en décidant que : « *La simple connaissance par le second acquéreur d'une première aliénation non publiée suffit pour écarter les règles de la publicité foncière et pour faire déclarer la première aliénation opposable à*

⁴⁹⁰ Georges VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 3, p. 133,

⁴⁹¹ Cass. civ., 7 déc. 1925 : « *celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui a fait transcrire son titre le premier ne commet aucune fraude en profitant d'un avantage offert par la loi elle-même à l'acquéreur le plus diligent* » il ne perd cet avantage qu'en présence « *d'un concert frauduleux caractérisé par des manœuvres dolosives ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur* ».

l'acquéreur second en date »⁴⁹². Pour la Cour de cassation, la simple connaissance par le second acquéreur d'une première aliénation non publiée suffit à établir la mauvaise foi et le prive, en conséquence, d'invoquer l'inopposabilité au premier acquéreur du premier acte de vente. Cette jurisprudence a été confirmée par plusieurs décisions notamment, l'arrêt du 30 janvier 1974 dans lequel la Cour de cassation avait jugé que : « *L'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers est constitutive d'une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière* »⁴⁹³.

283. Mais en réalité, pour trancher le conflit de la vente successive d'un même immeuble, la jurisprudence se fonde sur les règles de la responsabilité délictuelle pour considérer dans ses décisions que la mauvaise foi du second acquéreur est constitutive d'une faute « *sanctionnable* » au regard de l'article 1382 du Code civil⁴⁹⁴, aujourd'hui article 1240, puisque vendre deux fois le même bien constitue, incontestablement, une faute du vendeur et celle du second aliénateur pour complicité. Cette solution a été approuvée par plusieurs auteurs, notamment, par Mme VINEY qui retient que cette solution « *apporte une atténuation et un contrepois utile à la rigueur toute abstraite de cette réglementation* »⁴⁹⁵. Mais regrettée par d'autres, car ils estiment que « *l'application des règles propres au droit de la publicité légale suffirait largement à atteindre le même résultat sans en passer par un détour à raison contesté* »⁴⁹⁶. Il ressort de cette évolution prétorienne qu'en cas de concert frauduleux, la connaissance simple ou *de facto* du tiers suffit à effacer la clandestinité réputée des actes de droits réels non publiés. Finalement, la jurisprudence adopte une conception subjective de la publicité puisque la connaissance simple finit par produire le même effet que la publicité⁴⁹⁷. En d'autres termes, la connaissance simple de la première aliénation par le second aliénateur rend sans objet la publicité foncière qui devient inutile, car sa substance est épuisée par la mauvaise foi.

⁴⁹² Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1968, D. 1968, p. 412, note MAZEAUD ; JCP 1968, II, 15 587

⁴⁹³ Cass. civ., 3^{ème}, 30 janv. 1974, D. 1975. 427, note PENNEAU, JCP 1975. II.18001, note DAGOT, *Defrénois*, 1974, 637, note GOUBEAUX, Grands arrêts, n° 175, p. 175.

⁴⁹⁴ V. en ce sens : Philippe DELMAS-SAINT HILAIRE, *op. cit.*, p. 495 ; Clothilde GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, thèse de doctorat, droit, préf. Yves LEQUETTE, Dalloz, 2005, n° 320, p. 235 et s.

⁴⁹⁵ Geneviève VINEY, *op. cit.*, n° 204, p. 371.

⁴⁹⁶ Catherine-Thérèse BARREAU-SALIOU, *Les publicités légales : information du public et preuve des actes*, L.G.D.J, 1990, n° 225, p. 155.

⁴⁹⁷ V. en ce sens : Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 495. L'auteur précise tout de même que la connaissance simple ne peut suppléer le défaut de publicité — par exemple, en matière d'inscription d'hypothèque — ce qui traduit alors l'adoption d'une conception objective de la publicité, puisque l'inopposabilité de l'acte est alors acquise dès qu'il est établi que la publicité n'a pas été réalisée — sauf en cas de fraude —.

284. Mais afin de garantir une sécurité optimale des transactions, nous pensons qu'en sus de l'obligation de publier son acte pour informer les tiers, *on devrait en parallèle contraindre le tiers d'un devoir de s'informer*. Ainsi, la naissance d'un conflit est nécessairement révélatrice d'un dysfonctionnement dans l'une des deux obligations. En effet, si on devait développer cette idée, il faut analyser les scénarios dans lesquels on prendra en compte le respect ou non de l'obligation de publicité du premier acquéreur et de vérifier simultanément si le tiers aurait respecté son obligation de s'informer. Sachant que, pour éviter la lourdeur de la formalité de publicité et son coût parfois élevé, l'obligation de publier empruntera les canaux qu'ils lui seront adaptés selon les conséquences de l'acte en question. Plus l'acte représente un enjeu conséquent, plus sa publication doit emprunter une formalité stricte. En revanche, moins l'enjeu est conséquent, plus la publicité est assouplie.

285. **En présence d'actes concurrents de droits personnels.** Que les droits personnels soient soumis à une publicité ou non, il a été démontré que la connaissance de l'existence d'un droit personnel par le second titulaire rend son acte inopposable au premier. On en voudra pour illustration le cas des conventions de droit personnel portant sur un droit réel. L'exemple, qui peut être avancé dans ce cas de figure, est celui des baux immobiliers successifs consentis à divers preneurs sur le même bien⁴⁹⁸. En principe, en vertu de la règle de l'article 1377 du Code civil — anciennement 1328 —, le conflit est réglé en faveur du premier bail ayant acquis date certaine, mais il semble que cette règle objective soit écartée lorsque l'élément subjectif, à savoir la mauvaise foi, est établi. Dans ces circonstances, pour trancher ce conflit, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 25 juin 1975, a pu confirmer la décision d'une cour d'appel qui avait décidé qu'en présence de deux baux successifs, portant sur le même bien consenti à deux preneurs différents, le bail ayant acquis le premier date certaine est inopposable au locataire, lequel était déjà en possession du bien loué en vertu d'un bail verbal depuis plusieurs années. Ainsi, le locataire, dont le titre a été enregistré en premier, ne peut se prévaloir de l'antériorité de son titre en raison de sa connaissance de la situation du premier preneur, qui n'a pas procédé à l'enregistrement, ce qui exclut sa bonne foi.

⁴⁹⁸ V. en ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, 25 juin 1975, *Bull. civ. III*, n° 217 ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 juil. 1995, *Bull. civ. III*, n° 205.

286. On peut citer également le conflit qui survient consécutivement à une double cession de créance dans le cadre d'une mobilisation de créance⁴⁹⁹. En effet, la jurisprudence a affirmé que la notification d'une cession de créance professionnelle faite par le second cessionnaire au cédé est sans effet⁵⁰⁰, donc inopposable au premier cessionnaire qui n'a pas procédé à la notification, dès lors que le second cessionnaire a fait preuve de mauvaise foi et qu'il a agi en complicité avec le cédant. Le second cessionnaire connaissait l'existence de la première cession mais il a quand même acquis la créance en complicité avec le cédant.

287. Cela étant dit, bien que l'on admette un certain rôle à la connaissance *de facto* dans la mise en œuvre de l'opposabilité, cette connaissance doit être, parfois, complétée par d'autres actions du tiers qui seront les signes d'une connaissance *alourdie* et ainsi confirmer son intention.

B. Une suffisance à nuancer

288. En partant du postulat qu'à chaque fois le tiers, sous prétexte qu'il connaît *de facto* l'existence du contrat, est tenu pour responsable dès lors qu'il conclut avec le débiteur, le droit de réaction qui lui est garanti sera perpétuellement remis en question. Effectivement, nous pensons que la connaissance *de facto*, même si elle est en principe élémentaire, notamment dans les deux cas qu'on vient de citer, elle doit être, cependant, tempérée selon des circonstances déterminées. En effet, lorsqu'il s'agit par exemple d'analyser la déloyauté nécessaire pour caractériser la faute du tiers, la jurisprudence a admis par un arrêt de la chambre commerciale, rendu le 30 octobre 1968⁵⁰¹ que la simple connaissance du contrat est suffisante en matière de distribution parallèle, alors que la même chambre a jugé le 27 mai 1986⁵⁰², à propos d'un contrat de fourniture exclusive, que la connaissance de l'existence du contrat ne suffisait pas pour engager la responsabilité du tiers. D'autres arrêts confirment également cette dernière position. D'ailleurs, selon M. WINTGEN, les juges « *ne se*

⁴⁹⁹ Rappelons que la mobilisation d'une même créance peut se produire par le recours à différents procédés — cession Dailly, émission d'un effet de commerce, affacturage, subrogation... — . Nous prenons pour exemple uniquement la cession de créance.

⁵⁰⁰ V. Cass. com., 19 mars 1980, *Bull.* n° 138.

⁵⁰¹ Cass. com., 30 oct. 1968, *JCP* 1969.II .15964, *obs.* PRIEUR.

⁵⁰² V. *Bull. civ.* IV, n° 99 ; *D.* 1987, *Somm.* p. 264, *obs.* SERRA.

contentent pas d'une connaissance, ni même d'une connaissance personnelle⁵⁰³, mais exigent une collusion frauduleuse⁵⁰⁴, un concert frauduleux⁵⁰⁵, une fraude⁵⁰⁶, une connaissance spéciale et personnelle⁵⁰⁷, ou d'une mauvaise foi⁵⁰⁸ distincte de la connaissance du contrat »⁵⁰⁹.

289. Ainsi, la carence de la connaissance *de facto* apparaît dès lors que les actes méconnus n'ont pas été précédés de manœuvres. Autrement dit, la connaissance *de facto* du tiers de la situation juridique doit être, parfois, *alourdie*, c'est-à-dire, associée à d'autres éléments qui seront nécessaires pour prouver sa mauvaise foi, même si l'exercice se révèle souvent difficile, car la mauvaise foi a pour objet un élément psychologique épineux à saisir en lui-même (1). En outre, il se trouve que la connaissance *de facto* n'est pour le créancier d'aucun secours lorsqu'elle est paralysée en présence de certains actes (2).

1. La nécessité d'une connaissance « *alourdie* »

290. En dépit de son indéniable argument de résolution de conflits de titularité entre deux intérêts ou droits concurrents, le recours à la connaissance *de facto* pourrait priver les tiers des protections dont ils bénéficient. C'est ainsi que la loi et la jurisprudence ont obligé, parfois, le créancier à conforter la présomption simple de connaissance du tiers par d'autres éléments supplémentaires permettant de tenir « pour certain ce qui est douteux, pour avérer ce qui est probable »⁵¹⁰ (a). Il suffit d'observer, par exemple, les jugements rendus en matière de distribution sélective, où le seul fait que le commerçant qui ne fait pas partie du réseau, mais en connaît l'existence, ne rend pas pour autant coupable de complicité s'il décide de vendre les produits. Cependant, même si on parvenait à dévoiler la mauvaise foi du tiers, il reste que la jurisprudence semble emprunter un tout autre chemin, celui de l'objectivité de la connaissance, c'est-à-dire se détourner du critère subjectif, celui de la recherche psychologique tenant à la bonne ou mauvaise foi du tiers (b).

⁵⁰³ Cass. civ. 3^{ème}, 17 juill. 1986, Bull. n° 118 ; RTD civ. 1987. 368, obs. GIVERDON et SALVAGES-GEREST ; Defrénois, 1987, p. 1178, obs. AYNÈS.

⁵⁰⁴ Cass. com., 19 mars 1980, Bull. n° 137.

⁵⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 23 avril 1976, Bull. n° 165.

⁵⁰⁶ Cass. com., 3 janv. 1996, Bull. n° 2.

⁵⁰⁷ Cass. civ., 7 juill. 1897, S. 1898.I.113, note WAHL.

⁵⁰⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 22 avril 1976, Bull. n° 165.

⁵⁰⁹ V. en ce sens : Robert WINTGEN, *op. cit.*, n° 193, p. 171 et s.

⁵¹⁰ François GÉNY, *Science et technique en droit privé*, t. 3, 1921, p. 261.

a. *L'exigence d'éléments factuels additionnels*

291. Nous aurons l'occasion de l'évoquer, lorsqu'elle est obligatoire, la formalité de publicité crée une présomption irréfragable de connaissance. Cette présomption connaît pourtant des limites, principalement lorsque la publicité est facultative ou lorsqu'elle n'est pas obligatoire. En effet, la présomption d'ignorance est simple lorsque la connaissance effective de la situation permet d'établir que le tiers est de mauvaise foi. C'est la solution appliquée aujourd'hui pour résoudre le conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble ou pour établir une violation aux droits contractuels d'autrui.

292. Lorsque la présomption est simple, le créancier qui se plaint de l'atteinte causée par un tiers est en droit de mobiliser la connaissance *de facto* du tiers contractant du débiteur et donc de retrouver par cette voie une opposabilité. Mais une simple connaissance ne suffit guère si le créancier n'est pas prié de conforter sa demande, celle de priver le tiers de son droit d'ignorer sous prétexte qu'il a agi en méconnaissance de cause, d'un élément supplémentaire *revitalisant*⁵¹¹ cette connaissance *de facto*. Effectivement, la jurisprudence ne déclare le tiers coupable de complicité que si ce dernier avait ou devait avoir connaissance de l'engagement contractuel et être conscient d'avoir causé un dommage. En d'autres termes, à côté de la connaissance simple de l'existence du contrat, le juge va se pencher sur l'établissement de l'existence ou non d'actes légaux conclus par un tiers et destinés à rendre impossible l'exécution du contrat du créancier ou à préparer la conclusion d'un contrat frauduleux. En effet, certains indices permettront de confirmer le comportement du tiers et une fois suffisamment réunis, il lui sera difficile de contester sa mauvaise foi. Ainsi, la conclusion d'actes légaux destinés à compromettre les intérêts du créancier (i) permet d'établir l'intention du tiers (ii).

i. La conclusion d'actes légaux destinés à compromettre les intérêts du créancier

⁵¹¹ George VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 43 et s., p. 149 ; Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 506.

293. Chaque fois que le débiteur vient en fraude aux droits du créancier, le tiers, qui l'aide à accomplir de tels actes, engage sa responsabilité pour complicité lorsqu'il y a conclusion d'actes nouveaux, d'actes anticipés ou d'actes simulés.

294. La conclusion par le débiteur d'actes nouveaux destinés à compromettre un droit de créance. Être le débiteur d'un créancier dans un rapport d'obligation, ne signifie pas que le débiteur est dessaisi de la gestion de son patrimoine, ni interdit de former de nouveaux contrats, bien qu'ils puissent participer à l'augmentation de son passif. Cependant, la conclusion de ces actes, qui paraissent normaux, peut être destinée à nuire au créancier. Le contrat de prêt par exemple, lorsqu'il est formé avec un débiteur, est un acte banal, mais supposons que cet acte ait été conclu dans le seul et unique but d'aggraver le passif du patrimoine du débiteur. Le remboursement de ce prêt se fera alors en concurrence avec les autres créanciers. La situation du créancier chirographaire s'aggrave encore plus et elle est pour le moins précaire lorsque l'établissement de crédit est détenteur d'une sûreté. Ainsi, si le débiteur organise son insolvabilité avec le concours d'une tierce personne, ils seront sans doute sanctionnés, même si l'acte frauduleux reste valable entre le débiteur et le tiers cocontractant. Pour certains auteurs, ces engagements nouveaux peuvent faire l'objet d'une action paulienne⁵¹². D'autres, en revanche, ne sont pas convaincus et estiment que ces actes ne justifient pas d'une telle action⁵¹³. Toujours est-il que la jurisprudence n'a pas hésité à se prononcer sur la sanction de ces actes, notamment, lorsqu'ils portent sur un droit réel grevé d'une hypothèque⁵¹⁴.

295. La conclusion d'actes par anticipation. Lorsqu'un tiers, de mauvaise foi, est à la recherche d'un contrat l'avantageant, il est prêt à tout, même à faire usage de moyens condamnables pour atteindre son but. L'un de ces moyens serait la conclusion d'actes par anticipation avec le débiteur rendant difficile la réalisation ou l'exécution d'un engagement à venir. Ces actes naissent légalement, mais l'intention derrière leur réalisation est de nature à nuire aux droits d'autrui. Pour illustrer notre propos, nous donnons l'exemple du débiteur qui, voulant échapper à l'exécution

⁵¹² Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, Pierre JESTAZ, *Droit civil, les obligations, t. 2 : le régime*, éd. 2^{ème}, Sirey, Paris, 1989, n° 174.

⁵¹³ Jean FLOUR, Jean Louis AUBERT, Yves FLOUR et Éric SAVAUX, *op. cit.*, n° 87 ; V. également, François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1159.

⁵¹⁴ V. en ce sens la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 15 octobre 1980 qui sanctionne de fraude paulienne le bail qui vient porter atteinte au droit d'un créancier hypothécaire. C'est également le cas de la conclusion d'un bail commercial portant sur un immeuble grevé d'une hypothèque conventionnelle : Cass. civ. 3^{ème}, 31 mars 2016, n° 14-25.604.

d'une obligation future⁵¹⁵, profite de l'inexistence de la créance et conclut avec un tiers des actes tout à fait valables au moment de leur fait générateur.

296. Tel est le cas par exemple d'une donation en faveur d'un descendant. Dans un arrêt en date du 15 mai 2018, la Cour de cassation s'est prononcée sur une affaire dans laquelle, M. X, qui, en vue d'édifier une maison, a commandé en 2009 divers travaux de construction auprès de plusieurs entreprises, dont il n'a pas payé les factures. Par la suite, M. X a fait l'objet d'une condamnation par un arrêt de 2013 au paiement de ses factures impayées. En dépit de sa condamnation, M. X a en outre sollicité l'intervention d'une autre société pour la construction d'un hangar et à cet égard a commandé d'importants travaux de construction. Le devis ayant été établi le 7 janvier 2010 et les travaux ont été réalisés entre le 14 janvier et le 1er février 2010. Entre-temps, M. X a fait une donation de l'immeuble concerné par acte notarié du 25 novembre 2009, à son fils. La société défenderesse a assigné le débiteur, M. X et son fils mineur en inopposabilité de la donation. La cour d'appel a accueilli la demande de la société en déclarant la donation faite par M. X inopposable. La Cour de cassation, après avoir rejeté le pourvoi de M.X, a jugé que : « *La cour (d'appel) a retenu qu'en procédant à la donation litigieuse M. X. a organisé une fraude destinée, notamment, à porter préjudice aux futurs prestataires avec lesquels il avait l'intention de contracter pour terminer la construction de la maison et du bâtiment de stockage qu'il avait commencé à faire édifier. Il en résulte qu'il avait connaissance du préjudice qu'allait leur causer la donation en le rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité par la sortie de son patrimoine des seuls biens de valeur susceptibles de lui permettre de payer sa dette. Les conditions de l'action paulienne sont ainsi réunies* »⁵¹⁶.

297. En partant de cet arrêt, il en aurait été tout autrement s'il avait été question d'une transmission à titre onéreux — une vente et non une libéralité —, l'action paulienne n'aurait pu aboutir que si le tiers s'était rendu complice conformément à l'article 1341-2 du Code civil. Cet article impose au créancier d'établir que « *le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude* » — condition supplémentaire pour caractériser la fraude paulienne —. Concrètement, cela revient pour le créancier à démontrer que le tiers avait connaissance du préjudice que lui a causé l'acte litigieux.

⁵¹⁵ V. en ce sens : Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, « *L'action paulienne, l'existence d'une fraude paulienne* », Rép. civ., Dalloz, 2016, n° 44.

⁵¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2018, n° 17-19.868 ; V. arrêt similaire, Cass. civ. 1^{ère}, 7 janvier 1982, n° 80-15.960.

298. En outre, d'autres actes peuvent également être l'indice d'une atteinte aux droits du créancier, notamment, lorsque le tiers fait inscrire une hypothèque sur un immeuble ou conclut une caution⁵¹⁷, paie une dette non échue ou conclut des contrats déséquilibrés, comme acheter à un prix très élevé ou vendre à prix modique, etc. En procédure collective, si ces actes interviennent pendant la période suspecte, s'étendant de la date de cessation des paiements à la date du jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ils sont sanctionnés soit par une nullité de plein droit⁵¹⁸ — présomption de fraude —, le tribunal va donc s'intéresser aux caractéristiques de l'élaboration de ces actes et n'exigera pas la mauvaise foi ou l'intention du tiers⁵¹⁹, soit par une nullité facultative⁵²⁰ dont la fraude est laissée à l'appréciation du juge⁵²¹. Cela signifie que l'attitude du tiers cocontractant et son comportement psychologique seront donc pris en compte. Le juge procèdera à une appréciation in concreto pour sanctionner le comportement du tiers qui avait connaissance de l'état de cessation des paiements.

299. Les exemples sont nombreux, mais ce qui en ressort, c'est que le débiteur et le tiers ont un comportement frauduleux mobilisé dans un but précis, celui de défavoriser, empêcher ou compromettre la naissance ou l'exécution d'une obligation future par la réalisation d'actes anticipés. Cela étant, ces actes restent *subjectivement frauduleux*⁵²², mais ils deviennent un bon argument pour renforcer la connaissance *de facto* et par la suite mettre en œuvre l'opposabilité. C'est également vrai lorsqu'il s'agit des actes simulés.

⁵¹⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 27 juin 1972, n° 71-11.786.

⁵¹⁸ L'art. L 632-1 du C. com. prévoit que : « I. — Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 1° Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ; 2° Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ; 3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ; 4° Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ; 5° Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du code civil (1), à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ; 6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ; 7° Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ; 8° Toute autorisation et levée d'options définies aux articles L. 225-177 et suivants du présent code ; 9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ; 10° Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant. II. — Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du I faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements ».

⁵¹⁹ Cass. com., 29 mai 2001, RJD 2001, n° 1002.

⁵²⁰ L'art. L 632-1 du C. com. : « Les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements ».

⁵²¹ V. en ce sens : Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, op. cit., n° 530, p. 365.

⁵²² *Id.*

300. La simulation d'actes. En principe, l'acte est jugé frauduleux selon non pas la nature du contrat, mais bien selon les effets néfastes qu'il produit sur la force obligatoire du contrat d'un créancier⁵²³. Cela dit, il arrive parfois que l'acte ne soit pas sanctionné du fait de ce qu'il produit, mais de ce qu'il est. En effet, dans le cas d'une simulation d'actes, on ne saurait apprécier véritablement les effets d'un acte et, *in fine*, son caractère frauduleux s'il se révèle occulte. La nature et l'apparence qu'il endosse sont donc des caractéristiques à ne pas négliger.

301. La simulation ou l'apparence simulée⁵²⁴ est définie par Mme DEBOISSY comme « *la création volontaire d'une contradiction entre un élément occulte et un élément ostensible en vue d'induire les tiers en erreur* »⁵²⁵. La lettre de l'article 1201 du Code civil⁵²⁶ prévoit qu'à l'égard des tiers les contre-lettres sont inopposables. Les tiers qui ont conclu de bonne foi peuvent s'en tenir à l'apparence qu'ils ont perçue de l'acte simulé, ou se prévaloir de la réalité qu'ils auraient découverte⁵²⁷. Cependant, la question se pose de l'acte simulé conclu entre un tiers et un débiteur dans le but d'induire en erreur le créancier pour qu'il ne s'aperçoive pas des réelles intentions qui lui seront sans doute défavorables.

302. Pour être qualifié d'acte simulé, il doit être démontré que les parties, en recourant à l'occulte, ont voulu faire diversion de la réelle destination de leur contrat. Comme à l'égard des tiers, l'opération qui a pour but d'induire le créancier en erreur, elle lui est certainement inopposable. Toutefois, l'acte simulé exclut de sa qualification le mobile poursuivi par les parties contractantes⁵²⁸. Au demeurant, Mme SAUTONIE-LAGUIONIE, estime que *la diversité des mobiles, qui n'entre pas dans la définition de l'acte simulé, conduit à faire de l'acte simulé un acte qui n'est pas nécessairement un acte frauduleux*⁵²⁹. Néanmoins, cela ne veut pas dire que tout acte simulé est à exclure du domaine de la fraude. Afin d'identifier ce qui relève de la fraude et ce qui ne l'est pas, il est primordial de distinguer entre les finalités poursuivies par la déclaration en simulation, c'est-à-dire, entre la volonté de garder secret les actes

⁵²³ V. En ce sens, *Ibid.*, n° 533, p. 366.

⁵²⁴ V. Michel BOUDOT, « *L'apparence* », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018, n° 37.

⁵²⁵ Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, thèse de doctorat, droit, préf. Maurice COZIAN, L.G.D.J, 1997, n° 17.

⁵²⁶ L'art. 1201 du Code civil prévoit que : « *Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir* ».

⁵²⁷ V. en ce sens : Michel BOUDOT, *op. cit.*, n° 38 ; « *La simulation ne peut nuire aux tiers qui ont traité de bonne foi avec le propriétaire apparent, avec celui que les actes lui présentent comme le propriétaire véritable* », cité par LOYNES, sous note Cass. civ., 13 nov. 1912, DP 1913. 1. 433.

⁵²⁸ V. en ce sens : Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n° 533, p. 366.

⁵²⁹ *Id.*

qu'on conclut et le fait de dissimuler de véritables opérations qui n'ont de but que de compromettre les intérêts d'autrui.

303. En somme, nombreux sont les actes⁵³⁰ qui permettent de conforter le juge dans son interprétation de la connaissance du tiers. Ainsi, si le juge estime que la conclusion d'un de ces actes est suffisante, la connaissance *de facto* du tiers sera alors alourdie et, de ce fait, sa complicité établie. En revanche, s'il s'avère nécessaire de placer la recherche à un niveau plus élevé, il sera donc question d'analyser d'autres éléments caractérisant la mauvaise foi du tiers à savoir la participation *consciente* du tiers au fait dommageable. Aussi, si le tiers a outrepassé son devoir d'inviolabilité et a pu conclure des actes en connaissance de cause, il n'y aura pas de doute sur sa participation consciente et délibérée destinée à nuire au créancier.

ii. La participation consciente au fait dommageable

304. **L'évaluation consciente du dommage et l'intention de participer à son accomplissement.** Nous avons évoqué jusqu'à présent que le tiers de mauvaise foi, qui porte atteinte à un contrat d'autrui, est sanctionné en raison de sa connaissance *de facto* de l'existence du contrat, même si ce dernier n'est pas soumis à une obligation de publicité particulière. Cependant, la notion de mauvaise foi se caractérise non seulement par la connaissance du tiers, « *qui est le fait psychique le plus élémentaire* »⁵³¹, mais elle se situe également au niveau de la volonté, de l'intention et des mobiles. Nous avons déjà dit qu'en règle générale la connaissance est nécessaire, mais lorsqu'elle est simple ou *de facto*, elle reste insuffisante. La mauvaise foi exigera donc pour être sanctionnée la présence de caractères bien précis. En effet, l'un de ces caractères est la conscience de créer un dommage qui se situera à un niveau plus élevé que la simple connaissance et l'intention de nuire qui est « *le degré ultime de la déloyauté du contractant* »⁵³².

305. L'intention est définie par CORNU comme « *la résolution intime d'agir dans un sens, donnée psychologique relevant de la volonté interne qui, en fonction du but qui la*

⁵³⁰ On pourra citer d'autres actes qui peuvent participer à l'alourdissement de la connaissance *de facto* du tiers, c'est ainsi le cas d'une dissimulation d'actes, la conclusion d'actes fictifs, déguisés ou à titre gratuit, le paiement non obligatoire, etc.

⁵³¹ Anne-Marie GILLES, « *Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé* », LPA, 2003, n° 135, p. 6.

⁵³² Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J. 1989, n° 30.

qualifie, est souvent retenue comme élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique »⁵³³. Ainsi, l'intention de nuire est la volonté interne, le but poursuivi, pour faire du tort à quelqu'un et lui porter intentionnellement préjudice. En outre, l'intention de nuire ne peut être dissociée du mobile qui est la raison objective et le sentiment qui est à l'origine de l'action.

306. Avec la connaissance du tiers, la conscience de causer un dommage et l'intention de poursuivre sa réalisation pour une raison quelconque constituent donc les caractères objectifs de la mauvaise foi⁵³⁴. Ces éléments ont été largement adoptés par la jurisprudence. L'exemple le plus significatif est la mauvaise foi du porteur en matière de lettre de change. En effet, afin que le porteur puisse se prévaloir du principe d'inopposabilité des exceptions, il doit être légitime et de bonne foi. La légitimité est posée à l'article L. 511-11 du Code de commerce⁵³⁵, tandis que la bonne foi est posée à l'article L. 511-12. Cet article pose une dérogation au principe de l'inopposabilité des exceptions fondée sur les rapports personnels des personnes actionnées en vertu de la lettre de change avec le tireur ou les porteurs antérieurs, lorsque le porteur, en acquérant la lettre, a agi sciemment au détriment du débiteur.

307. L'idée générale qui se dégage de l'article susvisé est que seul le porteur qui a légitimement pu se fier à l'apparence du titre doit bénéficier de l'application du principe d'inopposabilité des exceptions. En revanche, si le porteur est de mauvaise foi, celle-ci se manifeste selon les caractéristiques de l'on peut trouver dans la formulation suivante : « *A agi sciemment au détriment du débiteur* ». Sur cette formulation, REUTER, dans son interprétation de l'ancien article 121 du Code de commerce, a précisé que le verbe « *agir* » signifierait l'action d'acquérir la lettre de change, l'adverbe « *sciemment* » serait la connaissance et le complément « *au détriment du débiteur* » indiquerait que l'acquisition du titre doit être faite au mépris de l'intérêt du débiteur lui causant donc un préjudice⁵³⁶.

308. La jurisprudence, au début du XX^e siècle, resta fidèle à l'interprétation que l'on donna à la mauvaise foi, c'est-à-dire que seule la simple connaissance par le

⁵³³ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 560

⁵³⁴ V. en ce sens : Anne-Marie GILLES, *op. cit.*

⁵³⁵ Art. L511-11, C. com. : « *Le détenteur d'une lettre de change est considéré comme porteur légitime s'il justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements, même si le dernier endossement est en blanc. Les endossements biffés sont à cet égard réputés non écrits. Quand un endossement en blanc est suivi d'un autre endossement, le signataire de celui-ci est réputé avoir acquis la lettre par l'endossement en blanc.*

Si une personne a été dépossédée d'une lettre de change par quelque événement que ce soit, le porteur justifiant de son droit de la manière indiquée à l'alinéa précédent n'est tenu de se dessaisir de la lettre que s'il l'a acquise de mauvaise foi ou si, en l'acquérant, il a commis une faute lourde ».

⁵³⁶ Nicolas REUTER, « *La mauvaise foi de l'article 121 du Code de commerce* », *RTD. civ.*, 1974, p. 439.

porteur de l'exception⁵³⁷ suffit à caractériser sa mauvaise foi. Mais avec l'évolution jurisprudentielle, la connaissance de l'exception ne suffisait plus, il fallait encore que soit établie l'intention frauduleuse, la volonté de nuire. C'est ce qu'a confirmé le célèbre arrêt de la Cour de cassation, dénommé *Worms*, en date du 26 juin 1956. Dans cet arrêt, les juges de droit ont affiné la qualification de la notion de mauvaise foi du porteur. Elle suppose la réunion de deux éléments distincts : d'un côté, la connaissance précise de l'exception et d'autre part, la conscience du préjudice causé au débiteur en lui faisant perdre le bénéfice d'une exception précise qu'il aurait pu opposer au tireur. En d'autres termes, la conscience de causer un dommage et l'intention de nuire, bien qu'elles soient complémentaires de la mauvaise foi, elles permettent d'appréhender la nuance entre la première qui est à niveau plus élevé de la connaissance et la seconde qui est le degré le plus ultime de la mauvaise foi. D'où notre illustration de la lettre de change qui permet de comprendre cette nuance. De surcroît, si le banquier lors de l'escompte était au courant du défaut de provision et savait avec certitude que la provision ne serait pas fournie à l'échéance, le résultat dommageable serait effectivement voulu dès l'escompte. De pareilles solutions se retrouvent dans d'autres mécanismes, notamment, celui des cessions de créances, et plus précisément les cessions de créances professionnelles. Dans la cession de créances, le cessionnaire doit avoir eu conscience, en faisant accepter la cession, de priver ainsi le cédé d'une exception qu'il aurait pu opposer à son créancier⁵³⁸.

309. En somme, nous avons démontré que la connaissance *de facto* à elle seule ne suffit pas à rendre efficace l'opposabilité. Car, la connaissance simple d'un contrat, ne permet pas de renseigner sur l'état psychologique et la motivation réelle d'un tiers au moment d'agir, de savoir si ce dernier a suffisamment mesuré ou évalué le degré du préjudice qu'il pourra infliger au créancier. Certes, le dommage causé à un contrat, qu'il soit intentionnel ou pas, reste sanctionné⁵³⁹, mais la bonne foi du tiers peut être un rempart contre le déclenchement de sa propre responsabilité. Cela dit, la notion de mauvaise foi est en perpétuelle déconstruction.

⁵³⁷ Les interprétations de la jurisprudence étaient basées sur la lettre de l'ancien article 121 du Code de commerce. V. par exemple, L'arrêt : Req., 2 avril 1902, *D.* 1901. 1. 263 ; 6 février 1906, *S.* 1906. 1. 65 ; 10 mars 1915, *S.* 1916. 1. 5 ; 23 janvier 1928, *D. H.* 1928. 114.

⁵³⁸ Cass. com., 18 mai 1993, *RTD.com.*, 1996, p. 22.

⁵³⁹ Art.1241 du C. civ : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

b. *Vers un abandon de la mauvaise foi du tiers*

310. Vers une indifférence de la mauvaise foi au regard des règles de la publicité foncière, fragilisant la connaissance *de facto*. Le doyen CARBONNIER disait qu'un « *mécanisme pour être efficace doit être moralement aveugle* »⁵⁴⁰. C'est ce que préconise la théorie objective de la publicité foncière. Selon cette doctrine, la recherche psychologique de la bonne ou de la mauvaise foi du tiers est un élément indifférent à la résolution des conflits d'actes juridiques, dans la mesure où les règles de la publicité foncière sont absolues et ne doivent souffrir d'aucune dérogation⁵⁴¹. Cette conception permet donc au premier publiant de l'acte de vente d'emporter l'acquisition de l'immeuble vendu à deux acquéreurs successifs. Cependant, cette théorie n'a de dérogation que lorsque la vente est caractérisée par une fraude de la part du second acquéreur et non une simple connaissance de l'acte en violation duquel il contracte. L'autre conception, subjective, prône l'abandon de l'exclusivisme de la règle du premier publiant en se focalisant sur l'aspect psychologique du tiers à savoir sa bonne ou mauvaise foi.

311. Nous avons dit plus haut qu'en cas de conflit de droits entre deux acquéreurs successifs, la mauvaise foi du second acquéreur constituait un motif que le premier acquéreur peut en exciper afin de rendre la seconde vente inopposable à son égard. Or, il est à remarquer que la notion de mauvaise foi, après avoir été appliquée d'une manière très stricte, résiste tant bien que mal à la nouvelle interprétation de la jurisprudence récente. En effet, la Cour de cassation par un arrêt du 10 février 2010⁵⁴² a rendu une décision opérant, selon un auteur⁵⁴³, un retour au purisme de la publicité foncière et marque un revirement avec l'arrêt Vallet du 22 mars 1968⁵⁴⁴. La haute juridiction, au soutien de sa position, avait affirmé qu'un compromis de vente non publié était inopposable aux tiers même de mauvaise foi.

312. On serait tenté manifestement d'analyser cette nouvelle solution comme un recul dans la prise en compte de la mauvaise foi, car avant cet arrêt, le

⁵⁴⁰ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, n° 777.

⁵⁴¹ Bérénice DE BERTIER-LESTRADE, « *Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes* », *D.* 2011, p. 2954.

⁵⁴² Cass. civ. 3^{ème}, 10 fév. 2010, n° 08-21656, *Defrénois*, 2010, n° 39123, note PIEDELIÈVRE.

⁵⁴³ Serge LAMIAUX, « *Conflit entre acquéreurs successifs d'un même immeuble. Retour au purisme de la publicité foncière ?* », *JCP*, 2010, n° 1146.

⁵⁴⁴ Thierry LE BRAS, « *Sécurité juridique et publicité foncière : la jurisprudence Vallet est-elle vraiment morte ?* », *LPA*, 30 avril 2015, n° 86, p. 80.

raisonnement était inversé. En effet, « l'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers est constitutive d'une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière »⁵⁴⁵. En d'autres termes, on raisonnait sur l'inopposabilité du titre du premier acquéreur et non plus sur celle de son adversaire de mauvaise foi. Mais comme l'inopposabilité d'un des deux titres se traduit nécessairement par l'opposabilité de l'autre, et vice versa, le revirement était clair : désormais, le premier acquéreur, non publiant, verra son acte de vente inopposable au second acquéreur qui a publié son titre malgré sa mauvaise foi⁵⁴⁶. On pensait que cette décision était isolée, en raison des circonstances particulières de l'espèce⁵⁴⁷, et que la jurisprudence allait se prononcer dans le même sens que l'arrêt Vallet si l'occasion se présentait, mais c'est le contraire qui se confirmera. La jurisprudence du 10 février 2010 a été adoptée par plusieurs décisions ultérieures⁵⁴⁸ revenant ainsi⁵⁴⁹ à la lettre de l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955 qui préconise en premier lieu la formalité de la publicité, même si, en réalité, on s'en est jamais départi.

313. Dans un autre arrêt du 12 janvier 2011, une promesse synallagmatique de vente a été conclue avec un premier acquéreur. La réitération de cette vente par acte authentique n'est pas intervenue dans le délai convenu. Quoique le promettant ait été assigné en vente forcée, cela ne l'a pas empêché de vendre une seconde fois le bien litigieux à un couple de co-acquéreurs qui, contrairement au premier acquéreur, procéderont aussitôt à la formalité de publicité. La cour d'appel de Bordeaux, dans son arrêt du 29 octobre 2009, déclare la seconde vente parfaite. Le premier acquéreur forme alors un pourvoi en cassation reprochant aux juges du fond de n'avoir pas pris

⁵⁴⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 1974, n° 72-14.197.

⁵⁴⁶ V. en ce sens : Thierry LE BRAS, « Sécurité juridique et publicité foncière... », *op. cit.*

⁵⁴⁷ Le second acquéreur, qui était locataire, prétendait que la vente avait été effectuée en fraude de son droit de préemption.

⁵⁴⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 2010, n° 09-15891, *Defrénois*, 2011, n° 40178, *obs.* PIEDELIÈVRE ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 2011, n° 10-10667 : *Defrénois*, 2011, *ibid.*, D. 2011, p. 851, *note* AYNÈS ; *RTD civ.* 2011, p. 158, *obs.* CROCQ ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 juin 2012, n° 11-17105 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n° 12-23357, *Defrénois*, 2015, p. 195, *note* LATINA.

⁵⁴⁹ Dans sa portée générale, l'arrêt du 10 février 2010 n'écarte pas la mauvaise foi ou la rend indifférente, bien au contraire, il priorise la publicité avant d'invoquer utilement la mauvaise foi par le premier acquéreur qui n'a pas publié son titre. En d'autres termes, pour bénéficier de la protection qu'offre la publicité foncière, il est impératif d'accomplir la lettre de l'article 30-1 du décret. Car pour que je puisse opposer mon titre à celui qui a publié le sien, je dois également procéder à sa publication. C'est à ce moment-là que je peux prétendre à la protection qu'offre la règle de publicité. Une fois accomplie, se posera ensuite la question de l'incidence de la mauvaise foi du second acquéreur. En présence d'un conflit entre deux titres concurrents, tous deux publiés, rien ne permet de penser que la mauvaise foi serait par principe inopérante. Si le maintien de la règle jurisprudentielle selon laquelle la mauvaise foi du second acquéreur le prive du bénéfice de l'opposabilité de son acte ne ressort pas dans le présent arrêt, ce pourrait être simplement parce que la Cour de cassation s'est prononcée sur des hypothèses dans lesquelles le premier acquéreur était systématiquement non-publiant. Ainsi, ce que l'on pourrait dire de ces arguments, c'est que la publication du titre de celui qui invoque la mauvaise foi de son adversaire est primordiale. D'autant plus, et contrairement à une idée reçue, il n'est pas impossible de publier le titre d'un acquéreur lorsque la publication du titre d'un autre acquéreur est déjà intervenue. V. en ce sens : Serge LAMIAUX, *op. cit.*

en compte l'élément psychologique du tiers et du vendeur, c'est-à-dire la connaissance de l'existence d'une première vente. Le demandeur au pourvoi faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel de n'avoir pas recherché « *si les seconds acquéreurs n'avaient pas signé leur acte en toute connaissance de l'existence de la première vente (...) ce qui les privait du bénéfice des règles de la publicité foncière* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi et décide que le premier acquéreur « *ne pouvait justifier d'une publication* ». Cette décision confirme le revirement de l'arrêt de 2010, prônant ainsi le retour à une conception objective de la publicité foncière.

314. Ces revirements inquiétaient une partie des praticiens, car l'on se posait la question de savoir si à travers cette nouvelle position jurisprudentielle, les règles de la publicité foncière n'auraient-elles pas tendance à remettre en cause le droit commun de la publicité légale. Si c'est la sécurité juridique des transactions qui anime la jurisprudence dans de telles affaires, comment se fait-il alors qu'on se retrouve face à des solutions opposées lorsqu'il s'agit de certaines conventions relatives à la cession de droit de propriété intellectuelle ? En effet, lorsqu'un cessionnaire d'un brevet ou d'une marque qui contracte en violation d'une cession antérieure du même droit, dont il a eu connaissance, le droit commun le prive du bénéfice de la publicité légale alors que l'acquéreur d'un bien immobilier ne l'est pas. Pourquoi la publicité foncière devrait-elle se soustraire à la notion la mauvaise foi ? Ces interrogations soulevées par la doctrine ont poussé le législateur, avec la réforme du 10 février 2016, à introduire la notion de bonne foi comme exception aux règles de la publicité légale en cas de règlement des conflits entre acquéreurs successifs. Cependant, nous verrons à la fin de la seconde section qu'il ne suffit pas d'introduire la bonne foi pour garantir une efficacité à la publicité et à l'opposabilité. Contrairement à ce que l'on peut imaginer, ce facteur psychologique peut être fragilisant, voire même constituer un effet inverse sur la publicité. C'est pourquoi d'ailleurs certains auteurs préconisent de revoir cette consécration légale.

315. Puisqu'il paraît en définitive que la connaissance *de facto* n'est suffisante à l'efficacité de l'opposabilité que dans des circonstances particulières, notamment, lorsque le tiers contracte en méconnaissance des droits d'autrui et se rend coupable d'une fraude, cette connaissance se retrouve parfois paralysée, c'est-à-dire, indifférente à l'opposabilité, même si les intérêts du créancier se trouvent émoussés.

2. Les insuffisances de la connaissance de facto

316. Que la connaissance *de facto* puisse être mobilisée en tant qu'élément essentiel à l'efficacité de l'opposabilité n'aurait pas surpris. En revanche, il ne nous serait pas venu à l'esprit d'affirmer que la connaissance du tiers soit paralysée et indifférente à l'opposabilité. En témoigne l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence. Celle-ci reconnaît aux tiers, exceptionnellement, un droit légitime de nuire lorsqu'il s'agit de certaines situations de concurrence (a). En outre, il se trouve qu'en présence de certaines opérations sur créances, la connaissance de la situation juridique antérieure importe peu (b).

a. En présence de certaines situations de concurrences

317. **La connaissance du tiers paralysée par le droit légitime de concurrence**⁵⁵⁰. Lorsqu'il était question d'aborder l'atteinte aux contrats de distribution et aux clauses d'exclusivité⁵⁵¹, nous avons évoqué l'action en concurrence déloyale pour protéger les réseaux de distribution. Cette action suppose, pour être mobilisée, la réunion d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. La déloyauté est donc sanctionnée lorsqu'un membre du réseau viole l'engagement d'exclusivité et, en l'occurrence, lorsqu'il est de connivence avec un tiers hors réseau. En effet, la complicité du tiers dans la violation de l'engagement d'exclusivité suppose que : «*Toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction* »⁵⁵².

318. C'est donc la connaissance par le tiers de l'existence de la convention d'exclusivité à laquelle il porte atteinte en complicité avec le débiteur de l'engagement, que sa responsabilité pour faute est engagée. En ce sens, nous avons dit également que la jurisprudence est revenue sur sa position par deux arrêts en date du 16 février et du 12 juillet 1983⁵⁵³. Il faut retenir que le tiers au réseau de distribution est seulement tenu de ne pas s'associer à la violation du réseau avec l'un des membres

⁵⁵⁰ V. George VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 38, p. 147.

⁵⁵¹ V. *supra* 317 et s.

⁵⁵² Cass. com., 3 janv. 1964, *Bull. civ. III*, n° 3, p. 2 et autres, v. *supra* n° 274.

⁵⁵³ Cass. com., 16 févr. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; Cass. com., 12 juill. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 217.

pour son approvisionnement, c'est-à-dire de ne pas être complice avec un membre du réseau. Par ailleurs, la revente parallèle, jugée non fautive, est donc admise⁵⁵⁴.

319. Ce que l'on peut affirmer, c'est que le rôle de la connaissance paraît paralysé lorsque le tiers qui, sans aucune complicité, se procure des produits qu'il va ensuite écouler sur le marché au mépris du réseau de distribution. Par simple syllogisme, on pourrait en effet confirmer la paralysie de la connaissance dans de pareilles circonstances par une lecture de l'article L.442-6-I-6° du Code de commerce⁵⁵⁵. Ce texte sanctionne la participation, directe ou indirecte, à la violation de l'interdiction de revente hors réseau, il n'est fait, en revanche, aucune référence à la connaissance ou à l'intention de nuire. Mais, en pratique, les juges exigent la preuve de la connaissance par le vendeur de l'interdiction. C'est à partir de là que la connaissance du tiers est à moitié paralysée. En effet, lorsque le distributeur s'estime lésé dans ses droits, c'est à lui de prouver que le tiers revendeur hors réseau avait connaissance de l'existence de la distribution et a agi au mépris des règles qui la régissent. Cependant, la preuve doit être directe, c'est-à-dire une preuve de la connaissance effective. Or, il ne peut y avoir de preuve directe, que si l'un des membres du réseau a conclu avec le tiers revendeur au mépris des engagements du réseau, c'est-à-dire une complicité.

320. En outre, pour qu'elle soit engagée, la responsabilité du tiers doit être prouvée suivant de ce qu'il connaissait de l'existence du réseau et d'avoir participé en concert avec le débiteur à la violation de l'obligation d'un membre du réseau. Cela étant, *peut-on affirmer que la paralysie de la connaissance vient du fait de l'incapacité de la prouver ?* Car, sans complicité avec le débiteur, il est difficile pour le demandeur d'engager la responsabilité du tiers revendeur sur la base d'une simple connaissance. C'est pourquoi, d'ailleurs, la complicité suppose la réunion de la connaissance complétée par la volonté et la participation active au dommage.

321. Même position a été adoptée en ce qui concerne la distribution sélective. Il a été jugé dans une affaire que les produits sélectivement distribués par un distributeur non agréé ne peuvent être considérés comme un acte fautif⁵⁵⁶ : *ne*

⁵⁵⁴ V. en ce sens : Laurence AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, thèse de doctorat, droit, préf. Yves GUYON, L.G.D.J, 1995, n° 332, p. 321 et s. ; v. également, Nicolas FERRIER, Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, « *La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau* », *RTD Civ.* 2011, p. 225.

⁵⁵⁵ « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence* ».

⁵⁵⁶ V. Laurence AMIEL-COSME, *op. cit.*, n° 333, p. 323.

constituant pas un acte déloyal dès lors que l'irrégularité de leur acquisition n'était pas établie⁵⁵⁷. En somme, la paralysie de la connaissance ne se conçoit pas uniquement en présence de contrat de distribution, mais elle est aussi visible en présence de certaines opérations sur créances.

b. *En présence de certaines opérations sur créances*

322. L'inertie de la connaissance de facto en l'absence de formalisme. Nous avons eu l'occasion de rappeler que la cession est le mécanisme juridique par lequel un créancier, le cédant, transfère à un cessionnaire sa créance contre son débiteur, appelé débiteur cédé. Pour être efficace, l'opposabilité de la cession de créances doit obéir à un formalisme bien précis. Un est destiné au débiteur cédé, l'autre concerne les tiers d'une manière générale. Mais afin de saisir le sens de l'indifférence de la connaissance à l'efficacité de l'opposabilité de ce mécanisme, il est important d'attirer l'attention sur un élément essentiel, à savoir la qualification, souvent ambiguë, du débiteur cédé est-il un tiers ou une partie à une relation tripartite ?

323. Sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2016, lorsqu'il s'agissait d'analyser l'opposabilité de la cession de créances aux tiers, la question se posait de savoir si les formalités de l'article 1690 du Code civil s'adressaient au débiteur cédé ou à tous les tiers ou simplement à ceux susceptibles d'élever sur la créance cédée des prétentions concurrentes à celles du cessionnaire — ayants cause, créanciers —. Du fait de la particularité de la cession de créances et de l'ambiguïté de l'article 1690 relatif aux formalités de son opposabilité, la qualité du débiteur cédé était floue. En effet, la doctrine était divisée entre deux conceptions : d'un côté, elle considérait la cession de créances comme étant une relation *bipartite* dans laquelle le débiteur cédé endosse la qualité de tiers à l'opération⁵⁵⁸, puisque le tiers est toute personne qui n'a pas la qualité de partie, que la validité du contrat n'est nullement subordonnée à l'obtention de son consentement et que les droits et obligations issus de ce contrat ne concernent que le cessionnaire et le cédant. De l'autre, elle voyait en cette opération une relation *tripartite*, dans la mesure où la cession a pour effet d'obliger le débiteur

⁵⁵⁷ Cass. com., 16 nov. 1988, *BRDA* 1989, n° 1, p. 5.

⁵⁵⁸ V. en ce sens : Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p.122 ; v. également l'assimilation du débiteur au tiers, François TERRÉ, Philippe Simler, Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1182, p. 1070 ; Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 721, p. 762.

cédé envers le cessionnaire sur le fondement du même rapport juridique qui le liait au cédant. En revanche, d'autres auteurs considèrent cette opération comme un transfert de la qualité de partie ou de la position contractuelle du cédant au cessionnaire.

324. Cette dualité doctrinale provoquait donc un certain imbroglio. Cependant, le réformateur de 2016 a introduit au Code civil l'article 1323 qui a pour objectif de rendre opposable aux tiers la cession de créance sans formalités⁵⁵⁹. Ensuite, il a apporté une précision à l'article 1324 en mentionnant qu'à l'égard du débiteur cédé, la cession ne lui est opposable qu'à la condition de respecter les formalités particulières. Ainsi, « *La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte* ». Cette distinction entre une *opposabilité aux tiers* de la cession de créances sans formalités et une *opposabilité au débiteur cédé* conditionnée à l'accomplissement des formalités est capitale, car elle met un terme au débat sur la qualité du débiteur cédé. Désormais, cessionnaire et cédant doivent tenir compte de la position du débiteur cédé qui forme en réalité l'azimut indispensable d'une relation tripartite. Comment le négliger alors qu'il est le détenteur de l'obligation de payer, élément indispensable à la formation du contrat de cession ? C'est pour cette raison que le législateur a organisé son information afin qu'il puisse se libérer auprès de son véritable créancier.

325. On comprend que la notification ou l'acceptation sont des formalités indispensables à l'opposabilité. Afin d'appréhender l'idée d'une connaissance paralysée dans les opérations de cessions de créances, détachons-nous à présent des formalités imposées et supposons que le débiteur connaisse l'existence d'une cession, alors que le cessionnaire n'a pas effectué les formalités ; son paiement effectué est-il libératoire et donc opposable au cessionnaire ?

326. Nous avons déjà évoqué que dans le cas d'une double cession de la même créance, la connaissance peut être suffisante à l'opposabilité si elle est complétée par la mauvaise foi. Aussi, la prise en compte de la connaissance peut-elle être transposée à une cession non acceptée ou non notifiée si le débiteur effectue le paiement entre les mains du cédant ? La réponse est en réalité négative, puisque plusieurs décisions de la Cour de cassation ont formellement ignoré le rôle de la connaissance dans de

⁵⁵⁹ Art. 1323 du Code civil : « *Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte. Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen. Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers* ».

pareilles circonstances. C'est notamment ce qu'a décidé la première chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 22 mars 2012. Dans cette affaire, un carrossier avait fait signer des cessions de créances, accessoires à un ordre de paiement, à des particuliers qui lui avaient confié la réparation de leurs véhicules assurés. Ces cessions ont été signifiées par lettre recommandée à l'assureur — débiteur cédé —. Or, la compagnie d'assurance a réglé le coût des réparations directement entre les mains de ses sociétaires — cédants — au motif que les cessions de créances ne lui avaient pas été signifiées selon les formes prévues à l'article 1690 du Code civil. Le carrossier a assigné en paiement la compagnie d'assurance. La cour d'appel l'a débouté de sa demande. Il forma alors un pourvoi en cassation. Le cessionnaire faisait valoir que la cour d'appel n'avait pas recherché le mobile, puisqu'il estimait que la compagnie a effectué le paiement en fraude de ses droits, c'est-à-dire de mauvaise foi. Au soutien de son pourvoi, le cessionnaire prétendait que seul le paiement effectué de bonne foi entre les mains du cédant est libératoire. Or, ayant eu connaissance de la cession via la notification envoyée, le cédé ne pouvait être libéré et devait en conséquence payer une seconde fois. Les moyens invoqués par le cessionnaire à l'appui de ses prétentions sont rejetés par la Cour de cassation en ces termes : « *ayant relevé à bon droit qu'à défaut de respect des formalités exigées par l'article 1690 du Code civil, la simple connaissance de la cession de créances par le débiteur cédé ne suffit pas à la lui rendre opposable, la cour d'appel, qui a constaté que les cessions litigieuses n'avaient pas été acceptées de façon certaine et non équivoque par la société Groupama, qui s'était acquittée de ses obligations entre les mains de ses assurés avant la délivrance de l'assignation en référé, en a exactement déduit que les cessions de créances lui étaient inopposables* ». Même solution a été observée dans une affaire similaire en date du 13 février 2013⁵⁶⁰ et dans une décision du Conseil d'État relative à une cession de créances effectuée par un titulaire de marché public⁵⁶¹.

327. Il convient de rappeler qu'antérieurement à la réforme de 2016, la connaissance devait obéir à un certain formaliste. C'était une connaissance stricte et formelle conformément à l'article 1690 du Code civil. L'information du débiteur ne pouvait prendre n'importe quelle forme ; deux formes étaient admises : soit la signification de la cession par acte d'huissier, soit l'acceptation du débiteur dans un acte authentique. Donc, lorsque le cessionnaire n'effectuait pas les formalités de l'article 1690 du Code civil, le débiteur cédé pouvait valablement se libérer auprès du

⁵⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 19 fév. 2013, n° 11-24.373.

⁵⁶¹ CE, 7^{ème} et 2^{ème} ch., 26 janv. 2018, n° 402270.

cédant et même s'il avait connaissance de la cession intervenue. Ces dispositifs ont-ils changé avec l'introduction au Code civil de l'article 1324.

328. Toutes les décisions jurisprudentielles sont en réalité des affaires dans lesquelles les cessions de créances ont été conclues antérieurement au 1er octobre 2016, on ne peut donc que constater la paralysie de la connaissance en raison du formalisme de l'article 1690 jugé excessif⁵⁶², qui soumettait la cession de créances à des formalités lourdes et coûteuses. Cela étant, son remplacement par une simple notification, qui est parfois inutile si le débiteur a consenti par avance à la cession ou en a pris acte, assouplit considérablement le formalisme de la cession de créances. La notification prévue à l'article 1324 peut être effectuée par une simple lettre. À supposer que l'article 1324 s'appliquait à l'époque des décisions rendues en matière de cession de créances et que la simple connaissance de la cession de créance aurait été prise en considération, la Cour de cassation aurait certainement déclaré le paiement effectué entre les mains du cédant non libératoire et la cession opposable au débiteur cédé. Ce que l'on peut retenir ici c'est qu'avec l'introduction de l'article 1324 du Code civil, on est certainement vers une réactivation de la connaissance simple lorsqu'il s'agira d'effectuer des paiements libératoires dans le cadre de la cession.

329. En guise de conclusion, les développements qui viennent d'être exposés nous enseignent que la prise en compte de la connaissance *de facto* dans le déclenchement de l'opposabilité et, *in fine*, de la responsabilité se révèle fondamentale. Ces solutions ont trouvé sans doute une compatibilité dans notre droit. Toujours est-il de préciser qu'il n'est pas suffisant, pour un créancier, de brandir simplement la connaissance *de facto* du tiers pour espérer son introduction dans un processus de réparation ; ne serait-il pas une atteinte à ses droits les plus élémentaires qui est le droit d'ignorer ou de savoir ? Après tout, aujourd'hui, il est tout à fait à la portée de chacun de disposer et d'accéder à des informations. Avoir le droit de savoir appartient à tous dans la limite de l'ordre public. Tous ça pour dire que cela n'empêche pas pour autant un contractant de conclure avec le débiteur sans avoir à subir les effets négatifs de l'opposabilité. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence avait conditionné la prise en compte de la connaissance *de facto* uniquement si elle vient en addition à d'autres éléments démontrant de la mauvaise foi du tiers. Ces enjeux juridiques ont été compris très tôt, entre sécurité juridique et

⁵⁶² V. en ce sens : Marcel FONTAINE, « La transmission des obligations de lege ferenda », in, La transmission des obligations, 9^{ème} journée Jean DABIN, Louvain-la-Neuve, 23-24 novembre 1978, Bruylant et L.G.D.J. 1980, p. 617.

primauté des droits de chacune des parties au litige, raisons pour lesquelles le législateur a conditionné l'opposabilité de certains actes, jugés très sensibles, à une obligation de publicité. C'est ce qu'on abordera dans la section suivante.

§3 La connaissance *de jure* : condition naturelle de la mise en œuvre de l'opposabilité

330. L'inaccomplissement de la publicité foncière atténue l'efficacité de l'opposabilité. On s'aperçoit finalement, à l'épilogue de la première section, que par souci de préserver la sécurité juridique des tiers, le législateur a été parfois conduit à tempérer le principe de l'opposabilité naturelle des droits. Nous avons développé jusqu'à présent l'une de ces atténuations à savoir, la mobilisation de la connaissance *de facto*, combinée à la mauvaise foi du tiers, pour permettre, d'une part, à la plupart des droits personnels non soumis à la formalité de publicité de trouver une opposabilité efficace à l'égard des tiers. De l'autre, permettre aux droits réels qui n'ont pas été publiés de bénéficier eux aussi d'une opposabilité, malgré la diligence du second acquéreur.

331. Cependant, ce n'est pas la seule atténuation reconnue au principe de l'opposabilité. En effet, il est aussi prévu qu'en présence de certains actes de droits réels et d'autres de droits personnels, la formalité de publicité soit étroitement liée au principe de l'opposabilité. Son accomplissement signifierait que le tiers ne pourra plus arguer la carte de l'ignorance, car la publicité confère à celui qui l'a accomplie une opposabilité absolue créant ainsi à l'égard des tiers, une présomption irréfragable de connaissance (A), mais il arrive parfois que ce principe soit aussi discuté (B).

A. *Une condition en principe irrécusable : la connaissance reconnue de jure à travers la publicité légale*

332. En application de l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955, les actes soumis à publicité (2) sont inopposables aux tiers s'ils n'ont pas fait l'objet d'une publication. En dehors de la mauvaise foi qui corrompt tout, « *l'accomplissement d'une formalité de publicité à peine d'inopposabilité, déroge, au nom d'un impératif de sécurité juridique, au*

principe de l'opposabilité naturelle des actes juridiques »⁵⁶³. L'article susvisé est la preuve que la connaissance *de jure*, reconnue comme telle par la publicité foncière (1), constitue à l'instar de l'article 1198 du Code civil, « *le fait générateur du transfert de propriété* »⁵⁶⁴ et, *in fine*, une condition indiscutée de l'opposabilité.

1. La publicité légale

333. L'accomplissement de la publicité permet donc à la connaissance du tiers d'être reconnue de droit, c'est-à-dire, une connaissance irréfragable. À défaut, l'ignorance du tiers est présumée irréfragable. Mais avant de s'intéresser aux effets de la publicité légale (b), il nous semble important d'analyser d'abord l'intérêt d'une publicité légale et les canaux qu'elle emprunte (a).

a. Intérêts et formes de la publicité légale

334. Nous nous interrogeons ici sur l'intérêt de rendre public son acte (i) avant d'illustrer les différentes formes de la publicité légale (ii).

i. L'intérêt de rendre public son acte

335. « *Toutes les actions relatives au droit d'autrui, dont la maxime n'est pas susceptible de publicité, sont injustes* »⁵⁶⁵. Nous avons évoqué plus haut que la connaissance *de jure* est une connaissance *confirmée* que la loi a organisée sous diverses formes de publicités et a prévu pour chaque droit un registre, un fichier ou un répertoire particulier dans lequel le titulaire doit s'y référer afin d'y mentionner, la naissance d'un droit ou les changements qui peuvent lui être apportés. Mais qu'elle est réellement l'intérêt d'une telle formalité ?

⁵⁶³ V. en ce sens : Pierre CROCQ, *op. cit.*, n° 21, p. 303.

⁵⁶⁴ V. en ce sens : Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 428, p. 475.

⁵⁶⁵ Emanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle*, trad. Jean-Jacques BARRÉRE et Christian ROCHE, Nathan, Les intégrales de philo, 1991, p. 50 et s.

336. Avant que le décret du 4 janvier 1955 ne concrétise le principe de la publicité foncière, les actes qui y sont aujourd'hui soumis n'étaient concernés par aucune formalité particulière à l'exception de certaines transcriptions hypothécaires⁵⁶⁶. BOULANGER rapporte que les rédacteurs ne donnaient pas à la publicité la place qu'elle méritait, puisqu'on estimait que la composition immobilière du patrimoine s'altérait qu'avec lenteur⁵⁶⁷. Puis, on s'est aperçu qu'on ne pouvait octroyer un large crédit à la bonne foi des contractants qui ne s'interdisaient pas de procéder à des opérations génératrices d'intérêts conflictuels, puisque le transfert de propriété s'effectuait *solo consensus*⁵⁶⁸. Ainsi, une personne pourrait vendre un bien dont elle ne serait pas propriétaire, ou acheter un immeuble grevé d'une hypothèque sans être informée. L'emploi de certaines formes de publicité permettait donc plus de netteté et de précision dans les relations contractuelles afin de protéger avec plus d'efficacité les véritables titulaires des droits que la simple bonne foi ne pouvait garantir.

337. Il y a donc une double protection des parties à travers la consolidation de la propriété à l'égard des tiers, la conservation du privilège du vendeur et la purge des hypothèques, mais aussi une protection des tiers contre l'exclusivisme du droit réel. Il a été démontré que la publicité est un moyen efficace pour contrer et renforcer le principe de l'opposabilité absolue et de plein droit des actes de transfert de propriété à titre onéreux⁵⁶⁹, car l'inaccomplissement de cette formalité signifie que les

⁵⁶⁶ En effet, en ce qui concerne les hypothèques, le traitement était un peu plus différent. On trouve, par exemple, dans l'ancien droit des exceptions relatives à certaines solennités du régime féodal dans les pays appelés de nantissement — Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 771, p. 831. Les auteurs citent PLANIOL et RIPERT, *Les sûretés réelles*, t. 12, par BECQUÉ, éd. 2^{ème}, L.G.D.J, 1953, n° 694, p. 726 — . Ensuite, avec la monarchie, Louis XVI de par deux édits royaux de 1673, inspirés par Colbert, instaure, par un premier édit, la conservation des hypothèques au greffe du bailliage et oblige par le second les greffiers à publier les hypothèques qui grevaient les rentes du roi. Or, certaines familles, soucieuses d'être affaiblies, n'étaient pas en mesure de dévoiler le niveau d'endettement qui affectait leur patrimoine. Ces deux textes vont donc se heurter à une très forte opposition bourgeoise qui finira par abroger le premier édit en 1674, mais on continue de publier les hypothèques grevant les rentes du roi. Avec le droit intermédiaire, il a été exigé que les actes translatifs de biens et des droits susceptibles d'hypothèques soient publiés pour être opposables aux tiers. Sans, toutefois, que cette exigence ne prévoie de sanctions pour le défaut de transcription. Cette orientation résistera jusqu'à la codification où on a écarté l'obligation de transcription — v. en ce sens, Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 771, p. 832 — à l'exception de l'inscription des hypothèques. Cependant, avec la loi du 23 mars 1855 relative à la transcription en matière hypothécaire et du 30 octobre 1935, qui impose la publication des mutations à cause de mort, le législateur commença à affirmer la publicité foncière et l'érigea dans un cadre, même restreint, mais ne cessa de s'élargir. Enfin, avec le décret du 4 janvier 1955, le législateur a mis un terme aux hésitations passées et aux évolutions restées souvent embryonnaires et a imposé la publication de tous les actes constitutifs et translatifs de droits réels immobiliers.

⁵⁶⁷ V. en ce sens : Jean BOULANGER, « *Conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité* », Sirey, 1935, n° 2, p. 546 et s.

⁵⁶⁸ Art. 1196, Code civil : « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat* ». Art. 1583 C. civ. : *La vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix ».*

⁵⁶⁹ V. en ce sens : Marc BILLIAU, « *L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel* », in, *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, n° 32, p. 211.

actes qui y sont soumis n'auront aucun effet à l'égard des tiers⁵⁷⁰. Aussi, la publicité assure la sécurité de certaines opérations économiques et transactions immobilières, notamment, l'octroi des crédits. L'enregistrement des immeubles au registre foncier permet à l'établissement de crédit d'avoir des renseignements sur la situation juridique d'un immeuble sur lequel il souhaite inscrire une hypothèque, notamment de connaître les hypothèques qui grèvent un immeuble grâce à l'état hypothécaire. Au-delà des hypothèques et privilèges, la publicité permet aussi à une personne de constater l'acquisition ou la transmission d'un bien ou d'un droit réel ou encore de vérifier qu'un vendeur est bien le propriétaire de son bien et qu'il ne l'a pas déjà vendu. LOUSSOUARN écrivait que : « *C'est avant tout pour permettre au propriétaire d'un immeuble de trouver des personnes acceptant de lui prêter sur hypothèque que l'on a créé la publicité des transferts de propriété* »⁵⁷¹.

338. Cette institution, qui fut longtemps combattue et empêchée d'émerger surtout par les importants propriétaires qui étaient attachés au secret de leurs patrimoines, constitue aujourd'hui, grâce aux évolutions passées⁵⁷², non plus une simple formalité purement *curative, préventive*⁵⁷³ ou confortative, mais le mode de possession juridique des immeubles⁵⁷⁴. Son intérêt se révèle alors au grand jour : une extériorisation organisée pour faire connaître au public⁵⁷⁵, particulièrement aux tiers intéressés, la situation juridique des droits. Cette publicité atténue donc fortement le risque de clandestinité inhérente à la connaissance *de facto* et renforce la présomption générale de connaissance. Aussi, selon certains auteurs, la publicité est la manifestation moderne du formalisme des actes juridiques. Certainement, il ne s'agit pas ici d'un formalisme solennel qui sanctionne la validité de l'acte ou une formalité constitutive de droit⁵⁷⁶, mais un formalisme publicitaire qui serait le catalyseur de l'opposabilité. Car le défaut de publicité n'altère pas la validité⁵⁷⁷ du contrat et reste

⁵⁷⁰ À l'exception des actes conclus en violation des droits contractuels d'autrui.

⁵⁷¹ Yvon LOUSSOUARN, *Cours de droit civil*, cité par Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 33, p. 212.

⁵⁷² Après la loi du 4 janvier 1955, plusieurs textes sont venus renforcer, réorganiser ou étendre le domaine de la publicité foncière. On note par exemple : la Loi du 26 décembre 1969 sur la fusion de l'enregistrement et de la publicité foncière ; les lois du 15 juillet 1971 et du 12 juillet 1984 qui ont précisé le domaine des actes soumis à publicité obligatoire, au titre de l'article 28 du décret du 4 janvier 1955 ; la loi du 9 juillet 1991 et du 6 avril 1998 ; l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés ou encore l'Ordonnance du 10 juin 2010.

⁵⁷³ Laurent AYNÈS, « *Pour une modernisation de la publicité foncière* », Rapp. de la commission de réforme de la publicité foncière, 12 nov. 2018, p. 8. V. également : Laurent AYNÈS, « *Publicité foncière : vers une modernisation ?* », Dalloz, 2019, p. 192.

⁵⁷⁴ Frédéric DANONS, *op. cit.*, n° 428, p. 475.

⁵⁷⁵ Avec une efficacité variable selon la forme qu'elle emprunte.

⁵⁷⁶ Frédéric DANOS, « *Les formalités de publicité foncière ne sont pas constitutives de droit (mais n'ont-elles pas un effet translatif ?)* », RDC, 2019, n° 1, p. 138.

⁵⁷⁷ Mais cette distinction entre les deux formalismes n'est pas toujours commode, car la publicité peut être parfois une condition de validité de l'acte. C'est l'exemple de l'acte de nantissement d'un fonds de commerce dont la publicité doit être effectuée dans les 30 jours suivant la formation de l'acte sous peine de nullité. V. en ce sens : Alexis POSEZ, « *La publicité foncière est-elle devenue constitutive de droit ?* », Dalloz, 2015, p. 2609.

au moins valable *inter partes*, en revanche, elle conditionne son efficacité à l'égard des tiers.

ii. Les formes de la publicité légale

339. La publicité comprise dans son acception large a pour but, comme nous venons d'évoquer, la diffusion de l'information et rendre toute transaction ou opération susceptible d'être connue du public, disponible et accessible à des personnes tierces, extérieures au contrat, pour éviter toute tentative de nuisance. Cette extériorisation légale prend la forme que la loi détermine en fonction du but poursuivi. Partant, la publicité s'effectue principalement dans trois domaines, à savoir l'état des personnes — registre de l'État civil —, la publicité des lois — la publication des lois, décrets ou arrêtés ministériels au Journal officiel de la République française — et des biens — faire connaître par exemple la situation juridique et vénale des biens et leur mode d'acquisition —.

340. Concernant la publicité des biens, il est communément admis que la publicité obligatoire, à fin d'opposabilité, apparaît comme la plus caractéristique de la finalité actuelle du droit de la publicité foncière et son formalisme considéré comme le plus lourd, mais des plus indispensable⁵⁷⁸. Destinée à faire connaître la situation des immeubles, la publicité foncière assujettit également certains actes relatifs aux droits personnels et qui font l'objet d'une assimilation expresse à ceux relatifs aux droits réels immobiliers proprement dits. Il s'agit, selon le décret du 4 janvier 1955, de tout « *bail pour une durée de plus de douze années, et même pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus* ».

341. La publicité légale concerne également les conventions dont l'enregistrement est obligatoire auprès d'autres institutions comme celle du greffe du tribunal de commerce, au RCS qui a pour objet d'informer le public sur le statut des dirigeants, sur la répartition du capital des sociétés, sur leur mode d'administration, et la solvabilité des entreprises. L'enregistrement peut être effectué au BODACC, dans un journal habilité à recevoir les annonces judiciaires, à l'INPI, etc.

⁵⁷⁸ Michelle GOBERT, « *La publicité foncière française, cette mal aimée* », in, Études offertes à Jacques FLOUR, Defrénois, 1979, p. 207 et s.

342. Cependant, nous ne manquerons pas de rappeler également les conventions qui sont soumises à des formalités de publicité et dont l'intensité graduelle est moins conséquente que celle de la publicité foncière ou légale. Il est fait référence ici aux conventions qui se trouvent régies par l'article 1690 du Code civil, c'est-à-dire les conventions de transport des droits de créances et des droits incorporels. En effet, aux termes de cet article, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. Aussi, nous faisons également référence aux formalités du nouvel article 1612 du Code civil relatif à la cession de contrats. Ainsi, lorsqu'on utilisera le terme publication ou publicité, nous ferons référence, naturellement, à la publication légale et lorsqu'on parlera de signification ou notification, on fera référence à la signification par exploit d'huissier, à la notification par lettre recommandée, la convocation, ou aux documents sous seing privé, etc. Cela étant dit, nous examinerons, les effets de la publicité légale et surtout celle de la publicité foncière, car elle produit une connaissance présumée irréfragable.

b. *Les effets de la publicité légale*

343. Indéniablement, la publicité foncière est la forme la plus notoire de la publicité légale. Certains auteurs se résolvent au constat suivant : « *c'est par l'accomplissement de la formalité de la publicité que s'acquiert la propriété immobilière et non par le seul échange des consentements* »⁵⁷⁹. Sans une précision de ces propos, il n'est certainement pas loisible d'adhérer à une telle conception de la propriété. Néanmoins, M. DANOS met en évidence dans son analyse de l'opposabilité à travers la propriété et la possession, le rôle de la publicité foncière comme « *mode de mise en possession juridique de l'immeuble par lequel l'ayant cause en acquiert la pleine propriété* »⁵⁸⁰ dès lors qu'est identifié, par exemple, un conflit entre deux acquéreurs successifs. On le sait, celui qui était le plus diligent et a procédé à la publicité de son titre l'emporte. Précisément, « *la publicité foncière est pour un immeuble, dans le cadre de son transfert, ce que la possession réelle est pour un meuble* »⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Frédéric DANONS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., n° 428, p. 475.

⁵⁸⁰ *Id.*

⁵⁸¹ *Id.*

344. Cela est d'autant plus vrai que, comme disait Boissonade, « *Jusqu'à la transcription, le vendeur demeure propriétaire à l'égard des ayants cause et peut disposer valablement. En d'autres termes, la propriété n'est transférée que par la transcription à l'égard des ayants cause du vendeur* »⁵⁸². Si ces justifications renforcent l'idée qu'à l'égard des tiers l'accomplissement de la publicité est un élément inconditionné de l'opposabilité voire même de la pleine propriété des immeubles⁵⁸³, il en sera de même pour les autres formes de la publicité légale, car cette formalité crée à l'égard des tiers un fait et une connaissance présumée irréfragable que nul n'est censé ignorer (i), mais à défaut, les tiers sont censés l'ignorer (ii).

i. La présomption d'irréfragabilité de la connaissance du tiers

345. La présomption peut être définie en quelques mots comme : « *La conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu* »⁵⁸⁴. Lorsqu'elle est irréfragable, cette présomption ne peut être combattue par aucune preuve contraire. Autrement dit, la connaissance que crée la publicité foncière est un fait reconnu de droit que nul ne peut venir convaincre du contraire. Bien entendu, l'accomplissement de la publicité foncière crée un procédé, une démarche inductive, qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver l'existence de ses droits à l'égard des tiers et pour ce dernier une charge insurmontable de prouver son ignorance. C'est ce qu'appellent certains auteurs de la doctrine de *confortative* de droits, la mission de la publicité foncière.

346. L'assise de nos propos est une consécration non seulement légale, mais aussi jurisprudentielle. Légale de par les acquis législatifs d'avant et d'après la promulgation du décret du 4 janvier 1955 ou récemment la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance du 23 mars 2006⁵⁸⁵. Jurisprudentielle puisque les juges avaient reconnu ce principe à plusieurs reprises et dans différentes matières. C'est ainsi que, par exemple, la Cour de cassation avait admis en matière mobilière qu'un gage régulièrement publié est opposable au sous-acquéreur malgré sa bonne foi⁵⁸⁶.

⁵⁸² Propos de Gustave BOISSONADE rapportés par Eugène GARSONNET, « *De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription, en réponse à M. Boissonade* », *RPDF*, Paris, 1871, p. 247.

⁵⁸³ La publicité d'un droit réel balaie toute supposition, car celui qui a publié régulièrement son droit, est aux yeux des tiers le véritable propriétaire du bien. Contrairement à celui qui n'a pas accompli les formalités, les tiers ne sont pas en mesure de connaître le pouvoir qu'il détient sur la chose, est-il une possession ou une pleine propriété.

⁵⁸⁴ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 795, v. Présomption.

⁵⁸⁵ V. en ce sens : Pierre CROCQ, *op. cit.*, n° 9, p. 295 et 296.

⁵⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1990, n° 87-19162 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2013, n° 12-12226.

Même solution en matière immobilière, comme ce qu'a décidé la Cour de cassation le 6 novembre 2002 en affirmant que « *Le droit de suite est un droit réel opposable à tous, et notamment à tout acquéreur indépendamment de sa bonne ou de sa mauvaise foi* »⁵⁸⁷. N'est-il pas logique de dire qu'une publication ne rend pas nécessairement le second acquéreur de mauvaise foi ? En tout cas, ce constat se confirme *a contrario* dès lors que l'acte qui n'a pas été publié ne peut être opposable aux tiers puisqu'en l'absence de publicité obligatoire, on est présumé ignorant et cette ignorance est aussi irréfragable.

ii. Une présomption d'ignorance irréfragable atténuée

347. Le droit légitime d'ignorer. La sécurité juridique n'est pas seulement une garantie aux seuls contractants, elle est également destinée à protéger les tiers. Lorsque l'on récompense la partie diligente, qui a dûment accompli ses formalités, par une protection contre toute atteinte venant de l'extérieur, on accorde de la même façon aux tiers le droit d'ignorer tout ce qui n'a pas été porté à leur connaissance. Ainsi, les tiers doivent donc s'en tenir à ce qui a été publié et donc ignorer ce qui ne l'a pas été. Cette lecture *a contrario* du principe de l'irréfragabilité de la connaissance que crée la publicité foncière, est une affirmation jurisprudentielle et, dans une certaine mesure, légale.

348. Concrètement, la Cour de cassation⁵⁸⁸ a confirmé, par exemple, que le tiers, qui a pris le soin de consulter le registre de publicité, se voit dispenser d'effectuer d'autres investigations. Cela implique bien évidemment que si le tiers ne trouve pas ce qu'il cherche, cette consultation fait naître à son égard une présomption d'ignorance légitime et sur celui à qui revient la charge de la publication, l'inopposabilité de son acte. Ce même constat se trouve également annoncé par l'article 2451 du Code civil⁵⁸⁹. Cela étant, le droit légitime d'ignorer est strictement encadré par les textes, car il ne s'adresse qu'aux seuls tiers que le législateur entend protéger, déterminé par la loi et réservé à une catégorie particulière de droits⁵⁹⁰. C'est

⁵⁸⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, n° 01-11882.

⁵⁸⁸ Cass. civ. 1^{ème}, 18 nov. 1997, n° 95-13082 et 95-13495.

⁵⁸⁹ « *Lorsque le service chargé de la publicité foncière, délivrant un certificat au nouveau titulaire d'un droit visé à l'article 2476, omet une inscription de privilège ou d'hypothèque, le droit demeure dans les mains du nouveau titulaire, affranchi du privilège ou de l'hypothèque non révélé, pourvu que la délivrance du certificat ait été requise par l'intéressé en conséquence de la publication de son titre. Sans préjudice de son recours éventuel contre l'État, le créancier bénéficiaire de l'inscription omise ne perd pas le droit de se prévaloir du rang que cette inscription lui confère tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou que l'intervention dans l'ordre ouvert entre les autres créanciers est autorisée.*

⁵⁹⁰ V. sur la question de la présomption d'ignorance du tiers : *infra* n° 345 et s.

ce que nous verrons par la suite et un peu plus tard avec les limites de la présomption d'ignorance irréfragable.

2. Les actes concernés par la publicité légale

349. L'énumération des actes soumis à publicité résulte principalement, pour les titres translatifs ou constitutifs de droits entre vifs et de certains droits personnels bien précis, du décret du 4 janvier 1955 relatif à la publicité foncière, mais le Code civil en prévoit encore quelques hypothèses notamment pour les donations, les substitutions ou certains mécanismes translatifs de droits personnels. Il nous paraît donc nécessaire de classer ces diverses hypothèses selon les actes constitutifs ou translatifs de droits réels (a) et les actes constitutifs ou translatifs de droits personnels (b).

350. L'intérêt pour notre travail de nommer ces actes et d'insister sur le respect des formalités sous peine d'inopposabilité, est de conforter l'idée selon laquelle l'opposabilité de la convention d'arbitrage, clause qui peut être insérée dans l'un de ces contrats, est soumise à la même condition de l'opposabilité du contrat principale, à savoir la publicité.

a. Les actes constitutifs ou translatifs de droits réels

351. Il convient d'examiner ces actes selon trois catégories : les contrats ayant pour objet un transfert de propriété immobilière, mobilière et les contrats qui ont un objet autre que le transfert de propriété. Les actes constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers sont énumérés à l'article 28-1-a du décret du 4 janvier 1955⁵⁹¹. Les tiers doivent donc pouvoir savoir à qui appartient un immeuble et si des droits réels le grevent. À côté de ces règles de droit commun, le législateur a prévu des règles spéciales qui s'appliquent à certaines donations⁵⁹². Toutefois, une précision nous

⁵⁹¹ « La mutation ou constitution de droits réels immobiliers, y compris les obligations réelles définies à l'article L. 132-3 du code de l'environnement, autres que les privilèges et hypothèques, qui sont conservés suivant les modalités prévues au code civil ».

⁵⁹² Les actes entre vifs à titre gratuit sont soumis aux règles particulières du Code civil. L'article 941 du Code civil prévoit que : « Le défaut de publication pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la publication, ou leurs ayants cause, et le donateur ». Ces règles ne concernent toutefois les donations qui portent sur un droit réel grevé d'une hypothèque. Par analogie, les droits qui ne sont pas grevés,

semble essentielle concernant la nature des actes visés par l'article 28-1-a. Le décret énonce dans son article 4 que : « *tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique* ». Si le droit est créé légalement, comme les prescriptions acquisitions ou les servitudes légales, cette disposition ne recevra pas d'application. En outre, ces actes doivent être entre vifs, à titre onéreux, et translatifs d'un droit de propriété ou constitutifs des droits réels démembres. Concernant la mutation ou la constitution de droit à cause de mort, l'article 29 prévoit un régime spécial de publicité. Celle-ci reste obligatoire, mais n'est pas sanctionnée d'inopposabilité.

352. Par ailleurs, les actes relatifs aux droits réels mobiliers comme les contrats opérant un transfert de droits réels mobiliers incorporels sont soumis à d'autres formes de publicité légale. Même particularité concerne également les actes ayant pour objet autre que le transfert de propriété. Certains de ces contrats, surtout *translatifs* de droits réels, sont susceptibles de comporter une convention d'arbitrage. Celle-ci sera transmise en tant qu'accessoire du droit transmis. Ainsi, nous évoquerons, brièvement, l'exemple des actes constitutifs et translatifs de droits réels immobiliers et certains droits mobiliers incorporels. Aussi, nous ferons succinctement référence aux contrats ayant pour objet un droit réel accessoire, notamment les sûretés réelles.

353. **La publicité foncière des actes constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers.** On entend par actes translatifs de droits réels, les actes qui portent aussi bien sur la propriété que sur les droits réels démembres. Le principal contrat translatif est la vente d'immeubles qui est, selon l'article 1601-2 du Code civil, le contrat « *par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente* ». En outre, sont également soumis à publicité l'échange que l'article 1702 du Code civil définit comme le contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre. Les articles 1703 et 1707 du Code civil l'assimilent au contrat de vente. Toutes les règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent donc à l'échange, y compris les règles de la publicité

comme la concession d'un bail, restent soumis aux dispositions de l'article 28-1° du décret. V. en ce sens : Stéphane PIEDELIÈVRE, *Traité de droit civil : la publicité foncière*, s. dir. Jacques GHESTIN, L.G.D.J, 2000, n° 163, p. 97.

foncière. Sont également concernés par la publicité foncière, l'apport en société⁵⁹³, la dation en paiement⁵⁹⁴ portant sur un immeuble, l'apport ou l'exclusion de la communauté de biens ou droits immobiliers personnels par contrat de mariage ou à l'occasion d'un changement de régime matrimonial, les actes de concentration par fusion, les conventions de fiducie, etc.

354. En ce qui a trait aux actes constitutifs de droits réels démembreés, on note les actes constitutifs d'usufruit, de droit d'usage et d'habitation, de servitude ou encore de droit de superficie, notamment par bail emphytéotique ou à construction. Il est donc certain que la publication de l'état juridique des immeubles permet d'éviter la survenance d'éventuels conflits avec les tiers. Mais puisque le rôle préventif de la publicité ne suffit pas à éviter les litiges relatifs à l'acquisition successive du même immeuble, la publicité foncière vient également fixer la règle, fondée sur l'opposabilité, de la résolution de ces conflits en imposant un principe simple : celui qui aura fait publier le premier son acte de transfert est préféré. Ainsi, « *celui qui prend la peine de respecter la formalité de publicité, ou qui l'a fait plus rapidement que ses concurrents s'assure la sécurité de son droit : à défaut de publicité, les tiers seraient fondés à méconnaître le droit issu de cet acte auquel ils étaient, par hypothèse, étrangers* »⁵⁹⁵. La règle de la priorité du premier publiant est, cependant, écartée, s'il est établi que le second aliénataire, publiant, et l'aliénateur avaient agi frauduleusement en méconnaissance du titre du premier aliénataire non publiant⁵⁹⁶.

355. La publicité légale des contrats opérant un transfert de droits réels mobiliers incorporels. Nous donnons, à titre d'illustration, l'exemple de la cession de toute vente ou cession de fonds de commerce et la cession des parts sociales par modification des statuts au RCS.

356. La publication de toute vente ou cession de fonds de commerce au BODACC ou journal habilité. Selon l'article L 141-12⁵⁹⁷ du Code de commerce, *toute vente ou cession* de fonds de commerce doit faire l'objet d'une publication au journal

⁵⁹³ Art. 1843-3-2 du Code civil : « *Les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à la disposition effective des biens* ».

⁵⁹⁴ Art. 1342-4 du Code civil : « *Le débiteur d'une obligation de remettre un corps certain est libéré par sa remise au créancier en l'état, sauf à prouver, en cas de détérioration, que celle-ci n'est pas due à son fait ou à celui de personnes dont il doit répondre* ».

⁵⁹⁵ Laurent AYNÈS, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹⁶ V. *supra*, n° 104.

⁵⁹⁷ « *Toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, est, sauf si elle intervient en application de l'article L642-5, dans la quinzaine de sa date, publiée à la diligence de l'acquéreur sur un support habilité à recevoir des annonces légales dans le département dans lequel le fonds est exploité et sous forme d'extrait ou d'avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* ».

habilité à recevoir des annonces légales ou au BODACC. Ici la forme de la vente importe peu, toutefois sa publicité et son enregistrement, qui doit précéder à la publication sous peine de nullité⁵⁹⁸ et laissé à la diligence de l'acquéreur, surviennent dès lors qu'il y a transfert total de propriété en échange d'un prix. Il est important d'insister sur l'idée que le transfert doit être total et non partiel, car une vente d'un élément isolé du fonds de commerce n'est pas soumise à publicité, à moins que la cession concerne un transfert de la clientèle⁵⁹⁹. Il est ainsi soumis à la publicité, le transfert d'un fonds de commerce dans un patrimoine fiduciaire⁶⁰⁰ ou d'un transfert total du patrimoine contenant un fonds de commerce⁶⁰¹.

357. Il faut relever que la formalité de la publicité de toute vente ou cession de fonds de commerce, comme elle est prévue à l'article L. 141-12 du Code de commerce, n'est pas une condition de validité solennelle de la vente et elle est sans effet sur le transfert de la propriété qui se produit à la date de la vente, mais une condition de l'opposabilité aux créanciers du paiement effectué par l'acquéreur entre les mains du cédant. Qui plus est, la sanction de l'inaccomplissement de la formalité de publicité est annoncée à l'article L. 141-17 du Code de commerce qui dispose que : « *L'acquéreur qui paie son vendeur sans avoir fait les publications dans les formes prescrites, ou avant l'expiration du délai de dix jours, n'est pas libéré à l'égard des tiers* ». À la lecture de cette disposition, on voit clairement que l'inopposabilité aux tiers ne concerne pas la vente, mais le paiement. Si tant est qu'à défaut de publicité dans le délai prévu, l'acquéreur n'est pas libéré et son paiement est inopposable aux tiers ; l'acquéreur s'expose au risque de payer le prix une seconde fois au créancier tiers ; ces tiers sont bien entendu tous les créanciers chirographaires et titulaires d'un privilège général, mais également les créanciers inscrits. Notons tout de même que contrairement à la publicité foncière qui est appelée à résoudre les conflits de titularité entre deux acquéreurs concurrents, la publicité de la cession ou de la vente du fonds de commerce ne peut être un argument à invoquer dans la résolution de ce conflit, car celui-ci étant réglé par la comparaison des dates respectives des contrats⁶⁰².

358. La publicité de la cession des parts sociales par modification des statuts au RCS. L'article L.221-14 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance n° 2014-

⁵⁹⁸ Article L141-13 qui dispose que :

⁵⁹⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 20 juin 1979, *Bull. civ. II*, n° 186.

⁶⁰⁰ Arnaud REYGROBELLET, *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz, 2017, n° 781, p.121.

⁶⁰¹ À l'exception d'un fond de commerce qui se trouve intégré au patrimoine d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée. En effet, l'article L. 526-17, III, alinéa 2 du Code de commerce expose que : « *les articles L. 141-22 ne sont pas applicables à la cession ou à l'apport en société d'un fonds de commerce intervenant par suite de la cession ou de l'apport en société d'un patrimoine affecté* ».

⁶⁰² CA de Besançon, 15 mars 1989, *RTD com.* 1990. 186, obs. DERRUPPÉ.

863 du 31 juillet 2014 — art. 2, stipule expressément : « *La cession des parts sociales doit être constatée par écrit. Elle est rendue opposable à la société, dans les formes prévues à l'article 1690 du Code civil. Toutefois, la signification peut être remplacée par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt. Elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et, en outre, après publication des statuts modifiés au registre du commerce et des sociétés ; ce dépôt peut être effectué par voie électronique* ».

359. À l'égard de la société, la cession des parts sociales n'est opposable qu'après accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil, c'est-à-dire, les formalités relatives à la cession des droits incorporels, par exploit d'huissier ou par acceptation dans un acte authentique, ou par dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social de la société commerciale dont le capital est divisé en parts (SNC, SARL, SCS) contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt. L'inobservation de ces formalités, dont la charge n'a pas été précisée, mais de par la pratique courante, celle-ci incombe à l'acquéreur, rend la cession inopposable à la société, sauf, bien évidemment, si cette dernière a eu connaissance et a accepté la cession de façon certaine et non équivoque⁶⁰³.

360. À l'égard des tiers, la cession des parts sociales, pour qu'elle soit opposable aux tiers, doit être accomplie suivant les formalités précitées avec un dépôt au greffe du tribunal de commerce d'une copie authentique de l'acte s'il est notarié ou d'un original s'il est sous signature privée. Cependant, si les statuts ont été mis à jour et publiés, la cession est opposable aux tiers même si l'acte n'a pas été déposé au greffe⁶⁰⁴. Aussi, lorsque la cession entraîne un changement d'associé, celle-ci n'est opposable aux tiers qu'après la modification des statuts constatant ce changement auprès du registre de commerce et des sociétés. Ces formalités sont donc nécessaires, car à défaut, le cédant est considéré, à l'égard des tiers, comme n'ayant jamais cédé ses parts et reste tenu des dettes sociales. Il faut tout de même soulever une réserve, la publication au RCS d'une cession de parts sociales d'une société civile qui n'a pas été accomplie est opposable au créancier social si ce dernier en a eu personnellement connaissance⁶⁰⁵.

361. La publicité des actes ayant pour objet autre que le transfert d'un droit réel. Parmi les actes qui n'opèrent pas un transfert de propriété, mais peuvent grever

⁶⁰³ Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-19.182 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, n° 06-11.814.

⁶⁰⁴ Cass. civ., 3^{ème}, 25 avril 2007, n° 03-16.362 ; Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06-20.111.

⁶⁰⁵ Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-24.083 ; CA Bordeaux, 17 juin 2004, n° 03-20, *RJDA*, 2005, n° 716.

un droit réel immobilier ou mobilier se trouvent les actes relatifs aux sûretés réelles. Afin que nous puissions les illustrer d'une manière concise, nous nous contenterons de donner l'exemple de deux types de sûretés, auxquelles le législateur a soumis l'obligation de publicité : l'une est une sûreté réelle immobilière à savoir l'hypothèque et l'autre mobilière incorporelle, le nantissement.

362. Contrairement aux actes opérant constitution ou transfert de droits réels, qui exercent un droit sur *la chose*, les sûretés réelles sont des droits exercés sur la *valeur de la chose*. Dans le cas de l'hypothèque, l'article 2393 du Code civil la définit ainsi : « *un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation* ». Cet article met en exergue deux affirmations, d'un côté, il réaffirme la nature strictement immobilière des hypothèques⁶⁰⁶ et de l'autre, le rôle de l'hypothèque comme garantie à l'acquittement d'une obligation, généralement, un crédit.

363. La publicité des hypothèques, qui prend la forme d'une inscription au fichier immobilier, permet donc aux tiers d'être informés sur le taux d'endettement et le montant du crédit qu'ils sont prêts à accorder à leur débiteur potentiel. L'enjeu de cette formalité est, assurément, une garantie pour les contrats de prêt. Ainsi, pour être opposable aux tiers, l'hypothèque, qu'elle soit conventionnelle, judiciaire ou de source légale, doit être publiée. L'accomplissement de cette formalité la dote de certains effets qui dépassent celle de la publicité des droits réels principaux. En effet, si la publicité des actes constitutifs ou translatifs de droits réels permet leur opposabilité et résoudre le conflit entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, la publicité de l'hypothèque permet de rendre le contrat d'hypothèque opposable à tout autre créancier qui n'aurait aucun droit de préférence sur l'immeuble.

364. Historiquement, l'opposabilité des hypothèques a progressivement évolué d'une opposabilité d'emblée de plein droit indépendamment de tout formalisme, à une opposabilité conditionnée à l'accomplissement de la publicité. À croire certains auteurs, cette évolution s'explique de la manière suivante : « *La publicité des hypothèques n'a pas été organisée pour garantir leur opposabilité aux tiers, mais pour briser la règle de l'opposabilité de plein droit afin de satisfaire à l'intérêt général, c'est-à-dire la protection du crédit* »⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Réaffirmée également à l'article 2397 du Code civil, lorsqu'il limite l'assiette de l'hypothèque aux seuls immeubles, et à l'article 2398 qui interdit l'hypothèque mobilière.

⁶⁰⁷ Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 772, p. 834.

365. Cependant, il est intéressant de relever qu'il a été décidé que le contrat d'hypothèque qui n'a pas fait l'objet d'une publication, même si l'acquéreur en ait bien eu connaissance, n'a aucune incidence sur l'opposabilité. En effet, la jurisprudence avait décidé par un arrêt, antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016, que même si l'acquéreur prend connaissance de l'hypothèque née avant son acquisition, elle lui est inopposable si elle n'a pas été publiée⁶⁰⁸. Cette jurisprudence est certainement vouée à l'oubli, car, avec la réforme, l'article 1198, alinéa 2 du Code civil instaure le principe de la bonne foi comme condition à l'efficacité de la publicité foncière.

366. Quant au nantissement de meubles incorporels, il est défini à l'article 2355 du Code civil qui dispose que : « *le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs* ». À la différence du gage qui constitue, conformément à l'article 2333 du Code civil, un droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers *corporels* présents ou futurs et qui est purement de nature conventionnelle, le nantissement peut être conventionnel ou judiciaire. Les alinéas 3 et 4 de l'article précité annoncent deux catégories de nantissement que sont : les nantissements qui ont pour objet un droit de créance et ceux qui ont pour objet d'autres biens incorporels. Ainsi, on peut citer d'une manière non exhaustive, le nantissement de créances, de créance éventuelle et de créances professionnelles, les nantissements de parts sociales, de titres au porteur, de fonds de commerce, etc.

367. Ces actes sont donc soumis au formalisme de publicité nécessaire pour garantir une efficacité pleine de l'opposabilité à l'égard des tiers. Ainsi, sont concernées par une inscription auprès du greffe du tribunal de commerce, les conventions de nantissement de parts sociales⁶⁰⁹ et de fonds de commerce⁶¹⁰. L'opposabilité aux tiers de cette catégorie de nantissements de biens meubles incorporels, à la différence des nantissements de créances qui sont soumis pour leur opposabilité aux conditions prévues aux articles 2361⁶¹¹ et 2362⁶¹² du Code civil, est régie par les mêmes dispositions qui sont prévues en matière de gage depuis le décret

⁶⁰⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 17 juill. 1986, *Bull. civ. III*, n° 118.

⁶⁰⁹ L'article 1er, alinéa 2, du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006.

⁶¹⁰ Non seulement l'acte de nantissement de fond de commerce doit être publié pour être opposable aux tiers, mais constitue une condition *ad validitatem* de l'acte, article L. 142-4 du Code de commerce.

⁶¹¹ « *Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte* ».

⁶¹² « *Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte. À défaut, seul le constituant reçoit valablement le paiement de la créance* ».

d'application n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 et donc à l'article 2337 du Code civil pose que : « *Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite* ». La publicité des actes de nantissements de biens meubles incorporels est une condition *sine qua non* à l'opposabilité, à défaut, l'acte est frappé de nullité et d'inopposabilité à l'égard des tiers. Passons maintenant à la publication des actes constitutifs ou translatifs de droits personnels.

b. Les actes constitutifs ou translatifs de droits personnels

368. L'obligation de publier au registre foncier le bail de loyer supérieur à 12 ans. Sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, la publicité foncière était imposée à tous les baux de longue durée supérieure à 18 ans. Le réformateur de 1955 rapporta à douze le critère de longévité et exclut de la formalité de publicité tous les baux n'excédant pas cette durée et cette publication est soumise, en vertu de l'article 742 du CGI, à une taxe de publicité foncière⁶¹³. Le décret de 1955 aligne donc le régime de l'opposabilité aux tiers du contrat de bail, convention de droit personnel, sur celui applicable aux actes d'aliénations de droits réels. Une fois cette formalité accomplie et l'acte publié, le bail est opposable aux tiers au sens de la publicité foncière⁶¹⁴. En revanche, à défaut de publicité, les tiers sont fondés à ignorer le bail qui devient inopposable à leur égard. Cependant, la portée de ce texte se trouve parfois limitée et c'est la jurisprudence qui était à l'origine de cette nuance, en admettant par exemple, que le bail supérieur à douze ans et non publié soit opposable, mais dans la limite des douze ans, dès lors que l'acquéreur en a eu connaissance avant la vente⁶¹⁵. Là encore, en cas de connaissance du bail non publié, l'acquéreur ne peut invoquer le défaut de publicité pour rendre inopposable le contrat de bail. Ou encore, lorsque la jurisprudence avait admis les formalités de la publicité foncière pour le bail inférieur à douze ans, mais qui a été conventionnellement étendu pour une durée plus longue⁶¹⁶.

369. La publicité au registre foncier du crédit-bail immobilier et au registre du greffe du tribunal de commerce du crédit-bail mobilier. L'article L. 313-10 du CMF

⁶¹³ Les baux à durée limitée d'immeubles faits pour une durée supérieure à douze années, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 1048 ter, sont soumis à la taxe de publicité foncière au taux de 0,70 %.

⁶¹⁴ V. en ce sens : Alain FOURNIER, Lionel ANDREU, *Publicité foncière*, Dalloz, 2020, n° 78.

⁶¹⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, n° 05-10.794, *Bull. civ. III*, n° 33 ; *D.* 2007. 942, *obs.* ROUQUET.

⁶¹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 3 févr. 2010, n° 09-11.389, *Bull. civ. III*, n° 32 ; *RJDA*, 2010, n° 333.

dispose que : « les opérations mentionnées à l'article L. 313-7 sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret. Ce décret précise les conditions dans lesquelles le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers ». Les opérations relatives au crédit-bail immobilier sont stipulées à l'article L. 313-7 alinéa 2 du CMF : « Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont : (...); Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire ». Les conditions d'application sont précisées à l'article R. 313-12 du CMF : « les contrats mentionnés au 2 de l'article L. 313-7 donnent lieu, selon les stipulations qu'ils comportent, à publicité obligatoire ou facultative, auprès du service de la publicité foncière suivant les modalités fixées pour les contrats de même nature régis par les articles 28 et 37 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 modifié portant réforme de la publicité foncière ». En principe, l'opposabilité aux tiers du contrat de crédit-bail immobilier est conditionnée par la publicité foncière. Cependant, cette publicité est rarement effectuée en raison de son coût élevé. C'est pour cela que la jurisprudence a écarté quelquefois la possibilité pour les créanciers du crédit-preneur de se prévaloir du défaut de publicité⁶¹⁷.

370. En ce qui concerne les opérations de crédit-bail mobilier visées par l'alinéa premier, troisième et quatrième de l'article L. 313-7 du CMF⁶¹⁸, l'article R. 313-10 du même Code a conditionné ces opérations à la formalité de publicité conformément aux articles R. 313-4 à R.313-6 du CMF. Effectivement, les modalités de publicité diffèrent de celles stipulées pour le crédit-bail immobilier, c'est-à-dire une publication auprès du service de la publicité foncière, mais également au registre ouvert à cet effet au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire statuant

⁶¹⁷ Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-14.965, Bull. civ. IV, n° 89 ; D. 2001. 1873, obs. LIENHARD ; D. 2001. 3429, obs. HONORAT ; RTD civ. 2001. 634, obs. CROCQ.

⁶¹⁸ « Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont : **1.** Les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers (...) **3.** Les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers, à l'exclusion de toute opération de location à l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal. **4.** Les opérations de location de parts sociales ou d'actions prévues aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du code de commerce, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ».

commerciallement. Ainsi, l'inaccomplissement de cette formalité est sanctionné par l'article R.313-10 : « *Si les formalités de publicité n'ont pas été accomplies dans les conditions fixées aux articles R. 313-4 à R. 313-6, l'entreprise de crédit-bail ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client, ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits* ». Il est intéressant ici de souligner que la connaissance *de facto* des tiers intéressés suffit à rendre ces opérations opposables à ces derniers. Par suite, en présence d'un conflit dans lequel la mauvaise foi est avérée, il n'y a guère besoin de vérifier l'accomplissement de la publicité légale — connaissance *de jure* — pour mettre en œuvre l'opposabilité.

371. La publicité légale du contrat de location-gérance au journal habilité à recevoir des annonces légales. L'article L.144-1 du Code de commerce définit les contrats de location-gérance : « *Nonobstant toute clause contraire, tout contrat ou convention par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls est régi par les dispositions du présent chapitre* ». Le contrat de location-gérance, pour être opposable aux tiers, est soumis à la formalité de publicité au début de l'exploitation et à la fin de la location. L'article R.144-1 du Code de commerce stipule que : « *Les contrats de gérance définis à l'article L. 144-1 sont publiés dans la quinzaine de leur date sous forme d'extraits ou d'avis dans un support habilité à recevoir les annonces légales. La fin de la location-gérance donne lieu aux mêmes mesures de publicité* ».

372. Cette formalité qui est nécessaire pour informer les tiers du changement effectué à la tête du fonds de commerce peut être à l'initiative du bailleur ou du locataire, mais il est dans l'intérêt du bailleur de respecter cette exigence, car l'absence de cette formalité n'entraîne pas la nullité du contrat, mais peut avoir des conséquences pour ce dernier. En effet, selon l'article L. 141-6 du Code de commerce : « *Au moment de la location-gérance, les dettes du loueur du fonds afférentes à l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal de commerce de la situation du fonds, s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement* ». De surcroît, l'article L. 141-7 du même Code énonce que : « *L'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans le délai de trois mois à dater de la publication du contrat de gérance sur un support habilité à recevoir les annonces légales. Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds* ». Nous abordons donc

à présent le cas de la cession de bail commercial, dans la mesure où ce contrat n'est opposable au cédé et aux tiers qu'après la signification faite au débiteur cédé.

373. L'obligation de signifier la cession du bail commercial au bailleur cédé.

La cession du bail commercial est un contrat par lequel le preneur transmet⁶¹⁹ son *droit de jouissance* sur un local commercial à un tiers pour l'exécuter à sa place. De par ce transfert, le cessionnaire devient débiteur à l'égard du bailleur et les obligations qui pesaient sur le cédant sont transférées et mises à la charge du nouveau locataire. Avant la réforme de 2016, la jurisprudence analysait la cession du bail comme un contrat d'une nature particulière comportant cession *de créances*⁶²⁰ au profit du cessionnaire, mais aussi un transfert à la charge de celui-ci de l'obligation de payer le loyer et d'exécuter les conditions de la location. Cette opération était donc soumise aux formalités relatives à la cession de créances stipulées à l'article 1690 du Code civil. Par ailleurs, la jurisprudence traitait la cession du bail commercial, isolée ou intégrée à une cession de fonds de commerce, comme une cession de droits incorporels soumise aux mêmes formalités de l'article 1690 du Code civil. Cela s'explique par le fait que toutes les opérations relatives au transport de créances et autres droits incorporels, comme précisait le chapitre VIII du Titre VI, étaient soumises aux formalités de l'article.

374. Avec la réforme, le législateur, tout en maintenant les formalités de l'article 1690 du Code civil, a voulu réorganiser les cessions en consacrant, d'une part, aux articles 1321 à 1326 la cession de créances et a fait obéir celle-ci au formalisme allégé de la notification ou de la prise d'acte de l'article 1324, alinéa 1. D'autre part, il a également introduit l'article 1216 qui encadre la cession de contrat et son opposabilité. Depuis, on s'est alors posé la question de savoir si la cession du bail commercial ne pouvait-elle pas être assimilée à la cession de contrat, c'est-à-dire, un transfert de la position contractuelle comme le permet, selon la thèse moniste⁶²¹, toute cession de contrat et, puisque nul ne rejette l'idée selon laquelle le bail commercial est un contrat conclu entre un bailleur et son locataire et lorsque ce dernier le cède, il

⁶¹⁹ La transmission peut inclure toute transmission à titre onéreux, c'est-à-dire une vente, un échange, une dation en paiement. Ou à titre gratuit comme les donations ou les legs, sans qu'il y ait besoin de stipuler nécessairement un prix : Cass. soc., 11 nov. 1954, *D.* 1955, p. 22.

⁶²⁰ Cass. soc., 12 nov. 1954, *Bull. civ. IV*, n° 691 ; Cass. ass. plén., 14 fév. 1975 (*arrêt Galouye*) CA Versailles, 2^{ème} Ch., sect. 2, 2 mai 1996.

⁶²¹ La thèse moniste consiste à voir dans la cession de contrat une cession de la position contractuelle. Cette thèse a été défendue par plusieurs auteurs, notamment, par Laurent AYNÈS et retenue par le réformateur de 2016. Dans sa négative approche, la thèse dualiste ou distributive de la cession de contrat analyse cette opération en une double cession : d'une part, une partie soumise au régime de la cession de créances de la partie cédante et de l'autre au régime de la cession de dettes.

ne fait que céder sa qualité de locataire à un tiers et transmet avec lui le statut des baux commerciaux qui est, entre autres, le droit de jouir des locaux ou le droit au renouvellement du bail. Cette question n'est pas dénuée d'intérêt, car elle déterminera la nature des formalités à appliquer. Allégées comme celles prévues à l'article 1216 du Code civil ou contraignantes comme c'est le cas des dispositions de l'article 1690.

375. Afin d'appréhender la distinction entre ces différents articles, il faut revenir aux dispositions de l'article 1216 du Code civil qui stipule que : « *un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité* ». Ici le législateur a donné la faculté au cédant de transférer *sa qualité de partie* à un tiers avec l'accord du cédé. Cet accord peut être stipulé en amont sous forme de clause au contrat, qui doit, d'ailleurs, être constaté par écrit sous peine de nullité, ou *a posteriori* lorsqu'il en prend acte. Dans ce cas, nous pensons que lorsqu'une clause prévoit de ne conférer le droit au locataire de ne céder son bail qu'après avoir demandé l'autorisation à son bailleur par notification, dans un délai raisonnable⁶²², les dispositions de l'article 1690 du Code civil ne sont pas applicables. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1216 instaure, en cas de clause au préalable, un régime d'opposabilité allégé, par notification ou prise d'acte, qui peut s'appliquer à la cession de bail commercial. Ceci étant, si l'accord de céder le bail est donné par clause au préalable, le locataire est dispensé expressément des formalités de l'opposabilité, car il s'agit après tout de formalités prévues pour la protection du cédé, auxquelles il peut librement renoncer.

376. Cependant, le Code de commerce prévoit, dans certains cas particuliers, la possibilité pour le locataire de ne pas solliciter l'accord du bailleur. Par exemple, l'article L.145-16, alinéa 1 du Code de commerce considère que la clause qui interdit au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise est réputée non écrite ; la cession du bail avec le fonds de commerce est libre. Mais nous pensons que cet article ne se contredit pas avec l'article 1216 du Code

⁶²² V. en ce sens : CA Nîmes, 2^{ème} ch. civ, 29 avr. 2008, *JurisData* n° 2008-373907. En effet, il a été jugé que la cession de bail est inopposable au bailleur dès lors que le contrat prévoyait l'autorisation du bailleur et que cette autorisation n'a été demandée que quatre jours avant la signature de l'acte authentique de cession.

civil, car la clause qui est généralement prévue est celle qui oblige le locataire à prévenir, par notification dans un délai raisonnable, le bailleur s'il y a volonté de céder. Aussi, il est également autorisé qu'un locataire ne tienne pas compte de l'accord du bailleur lorsqu'il est question des cas de transmissions de patrimoine⁶²³, notamment, en cas de fusion, de scission de sociétés, de transmission universelle de patrimoine, dans les conditions prévues à l'article 1844-5 du Code civil, ou encore en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

377. Quelle formalité appliquer depuis la réforme ? Jusqu'à présent, à notre connaissance, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la possibilité d'assimiler la cession du bail commercial à une cession de contrat pour lui appliquer les formalités de l'article 1216 du Code civil. Il faut dire tout de même que les formalités qu'on lui appliquait, c'est-à-dire celles de l'article 1690, n'ont pas été abrogées et organisent aujourd'hui les opérations relatives au transport de droits incorporels, des droits successifs et des droits litigieux. Ce que l'on peut affirmer également c'est qu'avec l'article 1324, alinéa 1, l'assimilation de la cession du bail commercial avec celle de créance ne peut plus être justifiée, puisque cette dernière a été consacrée par le législateur comme opération autonome par rapport à la cession d'un droit ou d'une action, car « *elle est le droit au paiement d'une somme d'argent ou à une prestation en nature déterminée ou déterminable, correspondant à la délivrance d'une chose ou à une prestation de services* »⁶²⁴. Deux solutions sont donc possibles, la première est de continuer à appliquer les formalités de l'article 1690 qui maintient l'organisation des formalités de la cession de droits. La seconde solution est d'assimiler la cession de bail commercial à la cession de contrat et donc appliquer les formalités de l'article 1216, alinéa 1. De notre point de vue, cette opération doit être envisagée sous l'angle de la cession des droits incorporels et rester soumise au formalisme de l'article 1690, car *in fine*, la cession du contrat de bail emporte bien cession de divers droits incorporels : droit de jouissance des locaux et droit au renouvellement, etc. Mais également ce formalisme est habituel pour les praticiens en sus d'être protecteur du cédé.

378. En définitive, quoi qu'il en soit des articles à mettre en œuvre, la cession de bail commercial doit observer les contraintes du formalisme destiné à informer le cédé et travers lui les tiers intéressés sur l'évolution de son patrimoine. Le non-

⁶²³ Cass. com., 01 juin 1993 n° 91-14.740, *RJDA*, 1993, n° 622.

⁶²⁴ Barthélemy MERCADAL, *Mémento Droit commercial*, éd. 28^{ème}, Francis Lefebvre, 2020, n° 14200.

respect du formalisme ne frappe pas de nullité la cession, mais la rend inopposable au cédé⁶²⁵ et aux tiers⁶²⁶. Les effets d'une telle inopposabilité peuvent entraîner des conséquences à l'égard du cessionnaire, notamment, la possibilité donnée au bailleur d'exercer son droit de demander l'expulsion du nouveau locataire, car considéré comme occupant sans droit ni titre⁶²⁷, mais peut également le dépourvoir d'un droit que lui confère le statut des baux commerciaux, en l'empêchant de demander, par exemple, le renouvellement de son bail.

379. À noter que la jurisprudence par un arrêt dit *Galouye* de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 14 février 1975, estime que l'accomplissement de l'une des formalités de l'article 1690 du Code civil peut devenir inutile pour rendre la cession du bail opposable au bailleur si celui-ci a non seulement eu connaissance de cette cession, mais l'a acceptée sans équivoque.

380. Eu égard à cette illustration, le législateur a également réorganisé le formalisme d'autres mécanismes de transfert de créance jusqu'alors soumis à l'article 1690. Bien que le Code civil n'ait prévu aucune formalité⁶²⁸, un très bon nombre de jurisprudences et d'auteurs avaient soutenu, par exemple, que l'opposabilité de la subrogation⁶²⁹ était conditionnée aux dispositions de l'article 1690 du Code civil⁶³⁰. Aujourd'hui, les textes distinguent clairement entre l'opposabilité de la subrogation personnelle destinée au débiteur obéissant impérativement aux formalités de l'article 1346-5 alinéa 1 du Code civil qui prévoit que : « *Le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance, mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte* ». Et de l'opposabilité à l'égard des tiers qui s'effectue dès le paiement comme stipulé à l'alinéa 3 : « *La subrogation est opposable aux tiers dès le paiement* ».

381. Pour résumer cet état des lieux, l'opposabilité des actes qu'on vient d'énumérer s'impose aux tiers dès lors qu'ils sont publiés, puisqu'on estime que la connaissance des tiers est présumée irréfragable. L'inopposabilité sera donc le revers

⁶²⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1998, n° 96-16.187, *Bull. civ. III*, 1998, n° 135, CA Paris, 5 juin 2013, n° 11-11117.

⁶²⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 9 fév. 2017, n° 15-15.428.

⁶²⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 6 fév. 1979, *JCP IV*, 1979, n° 121 ; CA Grenoble, 17 nov. 2011, n° 10-04200.

⁶²⁸ Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 744, p. 803.

⁶²⁹ Jacques Mestre définit la subrogation comme « *la substitution d'une personne dans les droits attachés à la créance dont une autre était titulaire, à la suite d'un paiement effectué par la première entre les mains de la seconde* », in, Jacques MESTRE, *La subrogation personnelle*, préf. Pierre KAÏSER, L.G.D.J., 1979, n° 4. Ainsi, ce mécanisme permet à une créance originaire, qui ne s'éteint pas au paiement, d'être transférée du patrimoine du subrogeant à celui du subrogé avec tous les éléments qui l'accompagne, c'est-à-dire les droits et les actions qui lui sont attachés comme le prévoit l'article 1346-4 du Code civil.

⁶³⁰ V. En ce sens, *ibid.*, n° 46.

d'un défaut de publicité, car on admet également que les tiers sont dans leur droit d'ignorer l'existence de tels actes. Du reste, on se demande finalement si cette parfaite corrélation entre la connaissance *de jure*, conséquence naturelle de la publicité légale, et l'efficacité pleine de l'opposabilité n'est-elle pas discutable ? L'analyse du second paragraphe expliquera pourquoi et en quoi.

B. Une connaissance finalement tempérée : la remise en cause des notions d'irréfragabilité

382. Les limites de la connaissance *de jure*. De nombreuses raisons expliquent que l'on ne saurait s'arrêter à la parfaite corrélation entre l'accomplissement ou pas de la formalité de publicité pour voir un acte se doter du principe d'opposabilité ou d'inopposabilité à l'égard des tiers. D'un côté, nous verrons que les effets de la publicité sur la connaissance sont à tempérer, surtout lorsque l'on attribue l'irréfragabilité à la connaissance ou à l'ignorance des tiers (1). De l'autre côté, si la jurisprudence a tendance à revenir au purisme de la publicité, c'est-à-dire à une conception objective dans laquelle le comportement du tiers n'a pas d'influence sur l'opposabilité, le législateur de 2016 a fini par introduire la bonne foi pour ainsi concilier entre les deux conceptions dans le but de dépasser la rigidité de la règle objective de la publicité foncière et de donner *du bon sens* à la connaissance en prenant en compte la bonne foi du tiers. Il n'en reste pas moins que plusieurs auteurs plaident pour son abrogation (2).

1. Un correctif à la notion d'irréfragabilité

383. Si l'impératif de sécurité juridique, objectif de la publicité légale, fonde le principe de la présomption irréfragable de connaissance des actes publiés et de la présomption d'ignorance des actes non publiés, il détermine également les limites du domaine d'application de chacun de ces deux principes.

a. Une présomption de connaissance irréfragable limitée

384. Le respect des principes de la publicité pour une irréfragabilité de la connaissance. Le principe de la présomption irréfragable de connaissance n'est pas totalement limpide. Il ne peut s'appliquer que si la publicité est un ferment, *i.e.* obligatoire, disponible et dans la capacité de renseigner efficacement les tiers. Or, si la publicité est facultative ou si elle ne peut renseigner réellement les tiers, elle ne peut rendre la connaissance irréfragable. En effet, l'article 37 énumère les actes pour lesquels le législateur a prévu une publicité facultative pour *informer les usagers*. Cela implique que la connaissance est indifférente à l'opposabilité. En conséquence, l'accomplissement ou pas de la formalité de publicité ne saurait faire peser sur des tiers une présomption irréfragable de connaissance ou d'ignorance. Pour preuve, les décisions de la Cour de cassation sont nombreuses en la matière, surtout lorsqu'il s'agit de la préférence entre une publicité facultative et une publicité obligatoire.

385. Sans doute, la priorité est donnée à la publicité obligatoire. C'est ce que l'arrêt du 22 février 1977 avait décidé en admettant l'opposabilité d'une hypothèque judiciaire inscrite après la conclusion d'une promesse de vente, mais avant la publication de la décision judiciaire constatant la mutation⁶³¹. Il est à noter que l'irréfragabilité de la connaissance ne s'applique pas aux conventions relatives à l'exercice des servitudes légales. En effet, ces conventions, ayant pour but d'aménager les servitudes garanties par la loi, notamment le droit de passage en cas d'enclave, ne sont ni constitutives ni translatives de droits⁶³², puisqu'elles ne font que prévoir et indiquer les aménagements que la loi a prévus pour toute propriété enclavée. La publicité n'a donc de rôle que pour informer les tiers qui souhaitent connaître les modalités d'exercice de ce droit.

386. Même solution est aussi admise en matière mobilière. Dans le cadre d'une opération de vente, il arrive que les parties prévoient dans leur contrat une clause de réserve de propriété. Celle-ci peut faire l'objet d'une publicité légale facultative par inscription au registre tenu au greffe du tribunal dans le ressort duquel l'acheteur du bien est immatriculé. Ainsi, si la publication de cette clause est laissée au bon vouloir des parties, cela ne doit pas en principe créer de présomption irréfragable de connaissance à l'égard des tiers⁶³³.

⁶³¹ Cass. civ. 3^{ème}, 22 févr. 1977, n° 75-12717, *Bull. civ. III*, n° 91.

⁶³² V. en ce sens : Stéphane PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, n° 404, p. 238.

⁶³³ Cela étant, la clause de réserve de propriété est très avantageuse notamment dans l'hypothèse où l'acheteur se voit placer en procédure collective. V. en ce sens l'article L 624-16 du Code de commerce.

387. Pareillement, ce principe ne peut s'appliquer si la publicité n'est pas effectivement efficace. On entend par efficacité, *la régularité, la fiabilité et la disponibilité* de la publicité. La régularité signifie que la formalité ne doit pas être altérée. Autrement dit, des mentions obligatoires omises, des canaux de publicité non adaptés ou encore le non-respect des délais prévus pour certains actes sont autant d'irrégularités qui ne permettent pas de créer une présomption de connaissance. C'est le cas notamment de la publicité du crédit-bail qui, selon l'article R. 313-3 du CMF, doit mentionner l'identité des parties et les biens concernés. Ou encore le cas des actes de nantissement de fonds de commerce qui doivent faire l'objet d'une publication dans les 30 jours à partir de la date de leur formation sous peine de nullité⁶³⁴. Cette formalité est pour les nantissements de fonds de commerce, une publicité *constitutive de droit*⁶³⁵ et une condition de validité de l'acte. C'est ce qu'on observe également pour la publication des clauses résolutoires que l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955 exige en son quatrième alinéa : « *La résolution ou la révocation, l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1° de l'article 28, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si la cause réside dans la loi* ». Cependant, il a été tout de même admis par la jurisprudence que si l'erreur est seulement vénielle et qu'elle n'empêche pas le renseignement sur l'acte publié, la publicité doit être considérée comme régulière et créer ainsi une présomption irréfragable de connaissance⁶³⁶.

388. La régularité de la publicité nous amène à aborder la fiabilité, autre condition d'application du principe de présomption de connaissance irréfragable. La fiabilité de la publicité signifie que le canal dans lequel la publicité est effectuée doit être suffisamment sécurisée, crédible et fidèle à la représentation que l'on souhaite donner à l'acte. Certains canaux ne remplissent pas ces caractéristiques. C'est le cas, par exemple, de la publicité du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement. Pour que le créancier gagiste bénéficie d'un droit de suite, la simple publicité ne suffit pas à garantir ce droit, pour en bénéficier, l'article L. 525-7 alinéa 2 du Code de commerce prévoit que le bénéficiaire du gage peut exiger qu'une plaque soit fixée à demeure, mentionnant le lieu, la date et le numéro d'inscription du

⁶³⁴ Art. L.142-4 al 1, C. com.

⁶³⁵ Alexis POSEZ, *art. préc.*

⁶³⁶ V. en ce sens : Cass. com., 16 mai 1995, n° 93-15042 ; Cass. com., 19 déc. 2000, n° 97-19691.

gage⁶³⁷. Aussi, nous avons évoqué le cas notamment de la publicité d'une vente de fonds de commerce qui ne peut être faite que conformément aux exigences de l'article L. 141-12 de Code de commerce, *i. e.*, une publication au BODACC et non sur un registre. Mais cette publicité n'est pas en mesure de créer une présomption de connaissance irréfragable. Cela s'explique du fait qu'elle est inoffensive en cas de conflit entre deux acquéreurs successifs du même fonds, puisqu'on applique l'adage *prior tempore, potior jure* pour la chronologie des ventes et non des publicités⁶³⁸ ; son rôle se dévoile alors comme une simple formalité pour informer les tiers et non un moyen de résolution de conflits.

389. Enfin, le principe de la présomption de connaissance ne peut être appliqué que si la publicité est disponible et accessible à tous. Tel est le cas par exemple de la publicité du crédit-bail mobilier qui ne s'effectue pas par rapport à la localisation du bien, mais au siège social du crédit-preneur. Dans cette situation, le registre du commerce ne peut renseigner que ceux qui connaissent la localité du registre, en l'occurrence les ayants cause du crédit-preneur. À leur égard, on pourrait dire que cette publicité crée une présomption de connaissance, mais pas à l'égard de ceux qui ne savent pas à quel registre il faut s'adresser pour obtenir l'information. C'est pourquoi la jurisprudence a donné la possibilité au sous-acquéreur d'un crédit-bail d'opposer sa qualité de possesseur de bonne foi au crédit-bailleur, parce qu'il ne peut pas avoir connaissance de l'existence du crédit-bail en recherchant au nom du premier acquéreur puisque la publicité s'est effectuée au siège du crédit-preneur⁶³⁹.

390. En voici donc quelques limites significatives à la présomption de connaissance irréfragable. Un principe qui, en cas de non respect de ses conditions d'efficacité, à savoir l'accomplissement d'une publicité régulière, fiable et disponible, garantirait aux tiers le droit de se prévaloir du principe de la présomption d'ignorance irréfragable. On se demande finalement, à l'instar de la connaissance irréfragable, si le principe de la présomption d'ignorance irréfragable ne trouve-t-il pas d'atténuation ?

⁶³⁷ « Lorsqu'il a été satisfait aux exigences de publicité requises par le présent chapitre et que les biens grevés ont été revêtus d'une plaque conformément à l'article L. 525-4, le créancier nanti ou ses subrogés disposent pour l'exercice du privilège résultant du nantissement, du droit de suite prévu à l'article L. 143-12 ».

⁶³⁸ V. *supra*, n° 135.

⁶³⁹ Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-10006.

b. *Une présomption d'ignorance irréfragable atténuée*

391. Une présomption d'ignorance bien encadrée. Il est naturel, au nom de la sécurité juridique, qu'un tiers se prévale du défaut de publicité pour invoquer son droit à l'ignorance. Pourtant, la jurisprudence désapprouve l'idée qu'on donne à ce principe une application *in extenso* en raison, d'abord, du domaine d'application très limité du principe de la présomption d'ignorance, mais aussi du fait que la notion d'irréfragabilité est très discutée.

392. Un domaine d'application limité pour trois raisons : d'abord, certaines publicités ne sont destinées qu'à une catégorie limitée de tiers. En effet, en matière de publicité foncière, l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955 fait référence aux seuls tiers « *qui sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques* ». Ainsi, la publicité foncière d'un crédit-bail immobilier, car soumis au même régime que les baux de plus de douze ans, ne peut avoir d'effets à l'égard des organes de la procédure collective du crédit-preneur, car ils ne sont pas des tiers au sens de l'article 30-1, ils ne peuvent pas invoquer le défaut de publicité⁶⁴⁰.

393. Ensuite, seul le défaut de publicité des actes qui sont mentionnés par le législateur au décret susvisé, peut pousser les tiers à se prévaloir d'une ignorance légitime. Ainsi par exemple, en application de l'article 28, 1^o, b du décret, seuls les baux d'immeubles supérieurs à douze ans sont soumis à la publicité pour des fins d'opposabilité, un bail de durée moindre ne peut être concerné par ce dispositif et ne peut donc créer une quelconque présomption.

394. Enfin, les effets de la présomption d'ignorance sont strictement limités à la sanction qui est prévue par le législateur à savoir l'inopposabilité. Il est clair qu'un défaut de publicité ne doit pas remettre en cause la validité de l'acte en question.

395. S'agissant à présent de l'irréfragabilité de la présomption d'ignorance. Il est question de savoir s'il existe un autre moyen capable de compenser le défaut de publicité pour déroger au principe d'ignorance irréfragable. La réponse est évidemment affirmative, car comme nous l'avons déjà vu, le principe de la responsabilité extracontractuelle permet aux parties de bénéficier de l'opposabilité

⁶⁴⁰ Cass. com., 15 mai 2001, n^o 98-14965.

même si leurs actes n'ont pas été publiés. Jugée suffisante à rendre les actes du tiers inopposables s'il les a conclus en violation des droits d'autrui, la connaissance *de facto* est l'un de ces moyens capables de tempérer le principe de la présomption d'ignorance. Tels sont donc les effets d'une conception subjective de la publicité en faveur de laquelle la jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises.

396. Mais en dehors de cette conception, puisqu'elle fait une appréciation du comportement individuel du tiers, existe-t-il d'autres moyens capables de mettre en évidence la difficile acceptation du principe de l'irréfragabilité de la présomption d'ignorance ? On peut identifier dans la conception objective de la publicité, une autre atténuation à ce principe. Là-dessus, nous avons dit précédemment que la conception objective ne prévoit pas de moyens capables de suppléer la publicité, à l'exception bien évidemment de la fraude. Cela laisse entendre que selon cette vision de la publicité, le principe d'ignorance légitime ne peut être invoqué que dans le cadre des actes soumis obligatoirement à publicité, en dehors, le tiers n'est pas en mesure d'en invoquer le défaut. Si l'on applique la conception objective, le droit d'invoquer son ignorance est seulement encadré et réservé, d'abord à une catégorie de tiers et ensuite à une catégorie d'actes. Mais en réalité c'est dans la position de la Cour de cassation qu'on peut voir une certaine difficulté pour la mise en oeuvre de ce principe. Manifestement, la jurisprudence ne se résout pas à prendre position. Tantôt, elle privilégie l'intérêt individuel et tantôt l'intérêt général⁶⁴¹. Il va sans dire que ce vacillement, pour le moins fâcheux, est très problématique pour la sécurité juridique des transactions.

397. C'est pour cela que certains auteurs tentent de trouver une cohérence entre ces deux conceptions en affirmant, d'abord, le principe de l'ignorance légitime par l'adoption du mécanisme de la publicité comme « rempart à la malhonnêteté »⁶⁴² et de l'autre côté, en renforçant le principe de la présomption de connaissance en prenant en compte la bonne foi du tiers⁶⁴³. En l'état actuel du droit positif, cette cohérence n'est pas encore trouvée.

⁶⁴¹ V. en ce sens : Rapport à propos du droit japonais, Itsuyo TAKIZAWA, « La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté », in, Ruptures et continuité du droit — autour de Michelle GOBERT, *Economica*, 2004, p. 377 et s. et spéc. p. 385, in, Pierre CROCQ, *op. cit.*, n° 29, p. 307.

⁶⁴² Pierre CROCQ, *op. cit.*, n° 29, p. 307.

⁶⁴³ Laurent AYNÈS, *rapp. préc. cité.*, p. 80.

2. Critique de la consécration législative de la bonne foi

398. La consécration de la bonne foi, un choix législatif malheureux pour la cohérence et la fiabilité de notre système de publicité foncière⁶⁴⁴. Dans le rapport intitulé : pour une modernisation de la publicité foncière, remis le 12 novembre 2018 à Mme BELLOUBET, Garde des Sceaux, M. AYNÈS écrivait : « *La Commission a, enfin, examiné la place qu'il convenait d'accorder à la bonne foi dans le règlement de conflits entre acquéreurs successifs d'un même bien immobilier, ayant traité avec une même personne. Cette question classique a semblé centrale à la Commission, car elle commande, parmi d'autres, l'efficacité de notre système de publicité foncière et, au-delà, sa cohérence d'ensemble* »⁶⁴⁵. Depuis quelques années, on assiste à une vague doctrinale et une aspiration judiciaire pour la bonne foi⁶⁴⁶, une articulation délicate entre sécurité et moralité⁶⁴⁷.

399. Mais en réalité, ce retentissement est relativement récent⁶⁴⁸. En guise de rappel, nous avons expliqué que dans l'hypothèse d'un conflit entre deux ayants cause concurrents du même auteur, la Cour de cassation, prônait, jusqu'aux années 1960, une résolution objective du conflit, c'est-à-dire, qu'elle était en faveur du plus diligent, celui qui a publié son acte le premier, malgré qu'il soit le second acquéreur en date⁶⁴⁹. La Cour de cassation exceptait à ce principe le concert frauduleux. Préférant ainsi la sécurité sur la moralité et l'application mécanique de la publicité, cette orientation va connaître un revirement majeur dans un arrêt célèbre du 22 mars 1968, confirmé par un autre arrêt du 30 janvier 1974 dans lequel la Cour de cassation soutenait que : « *l'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers est constitutive d'une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière* »⁶⁵⁰. Pour invoquer la règle de l'antériorité, il fallait donc être de bonne foi. Puis depuis 2010, la Cour de cassation a fait jouer la règle de l'antériorité au profit d'un second acquéreur en dépit de sa connaissance d'une première vente non publiée et jugeant qu'il était indifférent

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 83.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 80.

⁶⁴⁶ Christian ATIAS, « *Nul ne peut se prévaloir...* », *op. cit.*, p. 218.

⁶⁴⁷ Alexis POSEZ, *art. préc. cité*.

⁶⁴⁸ François TERRÉ, Yves LEQUETTE et François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, éd. 13^{ème}, 2015, n° 178.

⁶⁴⁹ V. Cass. civ., 7 décembre 1925, DP 1926.1.185 : « *Celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui a fait transcrire son titre le premier ne commet aucune fraude, en profitant d'un avantage offert par la loi elle-même à l'acquéreur le plus diligent* »

⁶⁵⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 1974, n° 72-14197.

qu'un second acquéreur soit de mauvaise foi. Malgré la position récente adoptée par la Cour de cassation, le législateur a entendu rompre avec cette jurisprudence et rétablir les liens avec la décision initiale dégagée en 1968, et a accordé à l'article 1198 alinéa 2, la priorité à celui qui a publié en premier son acte « *à condition qu'il soit de bonne foi* ».

400. Un point d'interrogation persiste : cette nouvelle orientation ne conduirait-elle pas à une surprotection du premier acquéreur et une utilisation presque systématique de la mauvaise foi ? D'abord, la manière dont a été introduit le principe de la bonne foi repose sur une analyse entièrement confuse entre la bonne foi contractuelle, fondée sur la loyauté de l'article 1104 du Code civil et celle de l'article 1198 du même Code, qui consiste en une simple connaissance. En procédant ainsi, le législateur crée une double chance pour le premier acquéreur de voir son acte opposable aux tiers. D'un côté, la priorité de la publication et de l'autre la prise en compte du comportement psychologique du tiers. Les juges seront inévitablement amenés, en premier lieu, à apprécier le comportement des tiers avant même de chercher l'ordre des publications. Cette nouvelle mécanique dans l'application de l'article 1198 soulève un problème au regard de la sécurité juridique des transactions immobilières — bloquer des ventes par exemple — et peut avoir aussi un effet pervers et inverse sur l'efficacité du système de la publicité foncière.

401. En outre, attacher un rôle important à la bonne foi, c'est fragiliser la mission ultime de la publicité qui n'est pas seulement un moyen de résoudre les conflits entre acquéreurs successifs, mais aussi d'informer les tiers de manière générale. Ce rôle informatif est vu par M. DANOS comme « *le mode de la mise en possession juridique de l'immeuble par lequel l'ayant cause en acquiert la pleine propriété* »⁶⁵¹.

402. Tout compte fait, pourquoi c'est aux tiers de subir les conséquences de cette surprotection à travers l'introduction de la bonne foi, alors que le premier acquéreur ne pouvait ignorer que son acte risquait d'être inopposable aux tiers s'il ne procédait pas à sa publication ? En le négligent, le premier acquéreur prend donc un risque dont il doit en assumer les conséquences.

403. En conclusion, les rédacteurs du rapport ont suggéré que : « *Les termes "à condition qu'il soit de bonne foi", qui figurent à la fin du second alinéa de l'article 1198 du Code civil dans sa version issue de l'ordonnance du 10 février 2016, soient abrogés* »⁶⁵². Et

⁶⁵¹ Frédéric DANOS, *op. cit.*, n° 428, p. 476.

⁶⁵² Laurent AYNÈS, *op. cit.*, p. 84.

estiment que seule la fraude caractérisée est en mesure d'évincer le jeu de la publicité foncière.

Conclusion de la section II

404. À l'issue de ce second développement, on se demande finalement si la connaissance, conséquence de la publicité, est réellement un fondement de la mise en œuvre de l'opposabilité. La réponse à cette question doit être apportée suivant l'analyse conceptuelle que l'on a pu faire de l'opposabilité. Lorsque celle-ci est acquise dès la naissance de tout droit, elle est naturelle, primitive, statique et si conflit il y a, elle est alors appelée à remplir son rôle probatoire, c'est-à-dire se structurer autour de la seule preuve de l'antériorité du droit allégué.

405. En revanche, lorsque son rôle probatoire est destiné à trancher le conflit entre acquéreurs successifs d'un même droit *soumis obligatoirement à publicité*, et que la partie, première en date d'acquisition, ne l'a pas accompli contrairement au second acquéreur, la preuve prend alors un relief particulier. En effet, le droit préféré est celui qui a été publié en premier, *sous réserve de l'ignorance* du second acquéreur de l'existence d'un premier droit. C'est ce qu'on a appelé la présomption d'ignorance ou l'ignorance légitime. Cependant, l'accomplissement de la formalité de publicité avant le premier titulaire n'est d'aucun secours et ne protège plus le second contractant *qui savait*. C'est ce qu'on a démontré avec la connaissance *de facto*.

406. Enfin, lorsque le premier acquéreur publie son acte et se retrouve concurrencé par un tiers, son droit l'emporte et sera opposable, puisqu'on estime qu'en cas de publicité, la connaissance du tiers est *de jure* ou présumée irréfragable. Il faut relever que pour certains actes, lorsqu'ils sont en conflit, seule la publicité fait foi et la connaissance *de facto* est indifférente. C'est le cas notamment du classement des sûretés et de l'octroi d'un droit de préférence. C'est tout le sens de l'institution, de la publicité et de ses effets sur l'opposabilité.

Conclusion du chapitre I

407. « *L'opposabilité est à la fois un procédé et une solution substantielle* »⁶⁵³.

Au terme de ce premier chapitre, nous retenons que le droit objectif a véritablement consacré l'opposabilité en un principe général en lui attribuant une assise au Code civil. L'opposabilité n'est plus un phénomène archaïque comme disait M. WINTGEN, c'est désormais un principe, une qualité naturelle de l'acte juridique, outre sa force obligatoire qui impose aux tiers un devoir de respect de la situation juridique qu'elle crée et ouvre pour les parties, comme pour les tiers, la possibilité de s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait.

408. Nonobstant, si l'opposabilité a pu dépasser le clivage sur son fondement et a su se justifier comme moyen inconditionné à « *l'une des applications les plus utiles de l'opposabilité* »⁶⁵⁴, à savoir la sanction de toute personne qui porte atteinte au contrat d'autrui et dont elle n'a pas formellement signé les termes, elle n'a pas su, en revanche, trancher sur la conception selon laquelle elle doit être en présence d'actes soumis obligatoirement à publicité. En effet, c'est autour de l'institution qui organise l'opposabilité que le débat est vif. Doit-elle être objective afin d'admettre que seule la publicité fait foi et ne prendre en considération que ce qui a été publié ? Ou, doit-elle être subjective pour tenir compte du comportement du tiers de sorte à priver toute diligence émanant d'un tiers indélicat en raison de sa mauvaise foi ? Le législateur semble choisir la voie de la conciliation entre les deux conceptions en introduisant la bonne foi comme exception à la diligence du second acquéreur. Reste à savoir si les tribunaux vont convenablement interpréter cette volonté ou, au contraire, n'iront-ils pas vers une interprétation excessive de la mauvaise foi de manière à soupçonner le tiers à chaque fois qu'une concurrence de droits se présente ?

409. Dès lors, les ingrédients sont là. L'étude du couple opposabilité/publicité nous a permis de comprendre les conditions d'efficience et de mise en œuvre de l'opposabilité des actes concernés par la publicité, surtout que ces derniers peuvent inclure une convention d'arbitrage. Cette convention sera sans doute soumise au même formalisme, puisqu'elle est l'accessoire du contrat principal. Si l'on respecte l'accomplissement de ce formalisme, l'opposabilité de la convention d'arbitrage ne posera pas de difficulté et les tiers seront attirés à l'instance arbitrale. Ainsi, la connaissance du contrat par les tiers et par la même occasion de la clause d'arbitrage qui y est insérée conditionnera l'efficacité de l'opposabilité de la convention

⁶⁵³ Camille KOUCHNER, *op. cit.*, n° 22, p. 19.

⁶⁵⁴ Jean Louis GOUTAL, *L'arbitrage et les tiers : Le droit des contrats*, *Rev. arb.*, 1988, p. 451.

d'arbitrage à leur égard. Ce qui nous amène donc à examiner dans un chapitre II : la réception du principe d'opposabilité en droit de l'arbitrage.

CHAPITRE II : LA RÉCEPTION DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ EN DROIT DE L'ARBITRAGE

410. Une nouvelle fonction au principe d'opposabilité en matière d'arbitrage : l'opposabilité-attraction des tiers à l'instance arbitrale. L'objectif ici est de répondre à une question précise : comment faire en sorte que le principe d'opposabilité du droit commun soit reçu et transposé en droit de l'arbitrage sans que le système juridique subisse de profonds bouleversements. Cette réflexion se justifie par la nature contractuelle⁶⁵⁵ de la convention d'arbitrage qui conduit naturellement celle-ci à se conformer aux principes de la théorie générale des contrats, c'est-à-dire l'autonomie de la volonté, la force obligatoire, l'effet relatif, mais aussi l'opposabilité. Ainsi, positivement, la convention d'arbitrage produit des effets à l'égard des tiers. Négativement, il reste difficile de savoir la nature, les conséquences et le fondement de ces effets.

411. Comme on l'a souvent dit, l'opposabilité en droit substantiel est l'aptitude d'un acte à faire ressentir ses effets à l'égard des tiers, sans que ces derniers soient nécessairement impliqués dans l'exécution. Elle est relativement « *inoffensive à l'égard des tiers* »⁶⁵⁶, puisqu'elle oblige simplement ces derniers à ne pas porter atteinte aux engagements des parties, auquel cas ils se verront subir les conséquences de leur immixtion. En se joignant à la force obligatoire, ces deux mécanismes *distincts*, mais *complémentaires*⁶⁵⁷ permettent le renforcement de l'efficacité du contrat, et permettent même son existence⁶⁵⁸. Ainsi, conforter et faire respecter les droits et les obligations issus d'un contrat contre les atteintes extérieures et infliger des sanctions, tels sont les rôles classiques de l'opposabilité.

412. Cependant, en matière processuelle l'optique est différente. L'opposabilité se présente avec une lecture particulière du fait de la spécificité de la convention d'arbitrage qui se distingue nettement du reste des droits nés du contrat la contenant. Elle s'en distingue par rapport à son *objet*, qui ne concerne pas une opération

⁶⁵⁵ V. *infra* n° 436 et s.

⁶⁵⁶ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCEIDT, *op. cit.*, n° 200, p. 246.

⁶⁵⁷ V. *supra* n° 115.

⁶⁵⁸ Un auteur cité disait que : « Pour qu'un contrat existe, il faut bien qu'il produise un certain effet sur les tiers », in, Olivier DESHAYES, *op. cit.*, n° 107, p. 100.

économique, mais précise le régime contentieux des droits et obligations nés du contrat principal⁶⁵⁹. Elle s'en distingue également du fait de sa spécificité *physique*, car son caractère à la fois transmissible et autonome participe successivement à sa circulation et à son efficacité lorsque le contrat principal est anéanti. Son effet, une fois produit, est la production de l'arbitrage. Sous réserve des conditions de l'attraction, que nous aurons à développer plus tard, les tiers devront donc être concernés par l'arbitrage, car il ne s'agit plus d'un devoir de respecter l'arbitrage prévu par les parties, mais il est question également d'y participer. Ainsi, les tiers subiront le champ obligatoire de la convention d'arbitrage, ce qui ouvre toutefois le débat sur l'utilisation de la terminologie « *opposabilité* ». En réalité, certains auteurs de la doctrine défendent l'idée que l'inclusion des tiers dans l'instance arbitrale ne peut pas être désignée par la terminologie « *opposabilité* », car inappropriée. Le terme le plus adéquat serait le verbe « *lier* » et non « *opposer* », car il est question davantage d'un « *effet obligatoire* » que d'une « *opposabilité* », une terminologie qui assimilerait donc les tiers aux parties à la convention d'arbitrage.

413. Nous verrons que cette analyse ne peut être accueillie que partiellement, seulement en présence de certaines opérations *translatives de droits*, en particulier dans le cas des transmissions universelles ou à titre universel du patrimoine, car les tiers d'hier devenus aujourd'hui *parties* au contrat⁶⁶⁰ ont vocation à recevoir la totalité ou une fraction du patrimoine et viennent en lieu et place de son auteur. À l'inverse des mécanismes translatifs à titre particulier qui n'opèrent à destination des ayants cause qu'une partie des droits nés du contrat principal ; la convention d'arbitrage demeure généralement opposable à celui qui était à l'origine de la transmission. La cession de créances est un exemple caractéristique où la convention d'arbitrage reste toujours opposable au cédant, lorsque celui-ci n'aura pas cédé la totalité de ses droits. Ce qui explique d'ailleurs l'adoption par la jurisprudence de la terminologie « *opposabilité* » dans de nombreux mécanismes translatifs de droits à titre particulier⁶⁶¹. En revanche, en présence des mécanismes *attributifs* ou encore *extensifs* de droits, la portée de cette doctrine est discutable. En effet, nous le verrons ultérieurement qu'on ne peut désigner les tiers de « *partie* » au contrat dans ces deux mécanismes, parce que l'attribution des droits est une opération par laquelle on octroie des prérogatives à un tiers en lui étendant les effets du contrat. *Idem* pour les

⁶⁵⁹ Elle permet l'extinction du droit d'agir devant les tribunaux judiciaires, le choix des arbitres, le choix de la procédure... etc.

⁶⁶⁰ V. en ce sens : la position très classique adoptée par : Charles DEMOLOMBE, *op. cit.* t. XXV, n° 39

⁶⁶¹ V. *infra* n° 578 et s.

mécanismes extensifs qui se présentent comme des opérations consistant à étendre les effets d'un contrat ou d'une convention au-delà de son domaine normal d'application⁶⁶². Les personnes qui en subissent les effets ne sont ni signataires ni ayants cause universels ou à titre universel, elles sont de véritables tiers.

414. Par ailleurs, des critiques ont été soulevées au sujet des fonctions de l'opposabilité. Sur ce point, certains auteurs ne cachent pas leur réticence quant à la transposition de la fonction sanction et de la fonction probatoire en droit de l'arbitrage. M. GOUTAL disait à propos de la fonction sanction de l'opposabilité que : « *L'une des applications les plus utiles de l'opposabilité [la sanction du comportement du tiers] sera dépourvue d'intérêt en matière d'arbitrage* »⁶⁶³. En outre, la fonction probatoire n'est pas exempte de reproches puisque qu'un autre auteur cité disait que : « *On ne voit pas pourquoi un tiers utiliserait une convention d'arbitrage, à titre de preuve, et pour prouver quoi* »⁶⁶⁴.

415. Si les critiques et ecueils exposés ci-dessus semblent troubler la réception de l'opposabilité en droit de l'arbitrage (*Section I*), il est toutefois possible qu'en ajustant certains paramètres et adaptant l'opposabilité à la sphère processuelle, la réception de celle-ci se trouvera davantage facilitée à l'aide des caractéristiques reconnues à la convention d'arbitrage (*Section II*).

Section I : Une réception en apparence troublée

Section II : Une réception en substance facilitée et justifiée

⁶⁶² V. en ce sens : Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 440.

⁶⁶³ Jean-Louis GOUTAL, « *L'arbitrage et les tiers : Le droit des contrats* », *op. cit.*, p. 451.

⁶⁶⁴ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 57, p. 75.

SECTION I : UNE RÉCEPTION EN APPARENCE TROUBLÉE

416. Pour aller dans le sens de l'intitulé de cette section, il est essentiel de présenter d'abord les obstacles qui semblent troubler la réception de l'opposabilité en droit d'arbitrage (§1), avant d'énoncer les améliorations qui faciliteraient celle-ci (§2). Le premier exercice est en effet important, car c'est sur la base des éléments qui y seront exposés que nos propositions de renouvellement trouveront en partie construction.

§1 Les obstacles susceptibles de troubler la réception

417. La réception du principe d'opposabilité en matière d'arbitrage apparaît à première vue troublée. Il est possible qu'elle soit confrontée à des obstacles d'ordre terminologique et théorique (A), ou encore fonctionnel manifesté par l'inadaptation en matière d'arbitrage des applications classiques de l'opposabilité (B).

A. *Ambiguïtés terminologiques et imprécisions théoriques*

418. Bien que l'attraction d'un tiers non-signataire à l'instance arbitrale soit unanimement admise en droit de l'arbitrage, il n'est pas rare de voir la littérature arbitragiste — jurisprudence et doctrine — utiliser tantôt le verbe « *lier* », tantôt le verbe « *opposer* » pour qualifier ce processus. Il y aurait donc en matière d'arbitrage une confusion dans la compréhension et l'utilisation des termes « *effet obligatoire* » et « *opposabilité* » de la convention d'arbitrage. Une confusion née de l'assimilation faussée entre les deux principes (1). Mais l'ambiguïté n'est pas seulement terminologique, elle est aussi théorique. En effet, l'absence d'une position tranchée sur la qualification juridique de la clause compromissoire semble avoir des conséquences juridiques sur son opposabilité en matière d'arbitrage (2).

1. L'utilisation fluctuante de la terminologie « opposabilité » en droit de l'arbitrage

419. Il peut être reproché à une partie de la doctrine l'assimilation entre le principe de la force obligatoire de la convention d'arbitrage et l'opposabilité de celle-ci, car, pour ces auteurs, l'attraction des tiers est une conséquence de la force obligatoire et non de l'opposabilité (a). Cette assimilation inexacte des deux principes est née d'un premier mouvement jurisprudentiel dans lequel l'usage des verbes « *lier* » et « *opposer* » pour désigner l'attraction des tiers à l'arbitrage était récurrent (b). Il devrait l'être de moins en moins aujourd'hui.

a. *Force obligatoire et opposabilité de la convention d'arbitrage : deux principes faussement assimilés par la doctrine*

420. Bien que le principe d'opposabilité soit aujourd'hui ancré en droit commun et en théorie générale du contrat⁶⁶⁵, le principe, tel que nous l'avons présenté, a longtemps alimenté de vives discussions chez les auteurs de la doctrine. Si l'opposabilité de la convention d'arbitrage est l'objet d'une assimilation faussée avec la force obligatoire de celle-ci, au point de ne voir dans la distinction entre les deux principes aucune pertinence⁶⁶⁶, c'est certainement en raison des justifications subjectives, manifestées par les différentes tentatives de *redistribution*⁶⁶⁷ des qualités de partie et de tiers, et objectives du principe d'opposabilité. On a vu plus haut⁶⁶⁸ que les diverses tentatives de justifications objectives du principe d'opposabilité, surtout celles qui s'essayaient à un fondement de l'opposabilité par la normativité du contrat, ont laissé entendre que force obligatoire et opposabilité sont deux principes qui se confondent. Pour certains normativistes : « *l'opposabilité est un instrument au service de la force obligatoire du contrat* »⁶⁶⁹. Autrement dit, « *l'opposabilité n'exprime qu'un aspect de la force obligatoire du contrat* »⁶⁷⁰. Pour les plus fervents pourfendeurs de

⁶⁶⁵ V. à propos de la distinction entre théorie générale du contrat et droit commun des contrats : Éric SAVEAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? préf.* Jean-Luc AUBERT, L.G.D.J., 1997, n° 8 et s., p. 23 et s.

⁶⁶⁶ V. Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 56, p. 74.

⁶⁶⁷ Lorsque M. Ghestin propose un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, l'auteur propose en réalité une redistribution des qualités de partie et de tiers. V. en ce sens : Jean-Luc AUBERT, « *À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers* », *op. cit.*, n° 3.

⁶⁶⁸ V. *supra* n° 77 et s.

⁶⁶⁹ Jacques GHESTIN, Charles JAMIN, Marc BILLIAU, *Les effets du contrat*, éd. 3^{ème}, *op. cit.*, n° 727 et s.

⁶⁷⁰ *Id.*

l'opposabilité : « *Le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité* ». ⁶⁷¹ Ou encore : « *Le vocable d'extension de la clause est usuel, mais il s'agit, en réalité, juridiquement, de déterminer à l'égard de qui la clause va avoir effet obligatoire* » ⁶⁷². Or, au risque de se répéter, ces affirmations ont été vigoureusement critiquées en raison du principe de l'autonomie de la volonté et celui de la relativité.

421. Même constat pour les justifications subjectives. On a expliqué également qu'en raison du caractère évolutif des notions de partie et de tiers, la frontière entre les deux qualités était ténue et les deux qualités pouvaient même se confondre suivant l'analyse de certains auteurs ⁶⁷³. Pour la doctrine en effet, « *le cercle des parties n'est pas définitivement fixé au moment de la formation du contrat* » ⁶⁷⁴. En d'autres mots, le domaine d'une convention ne se détermine pas seulement au moment de la conclusion de celle-ci, mais il s'apprécie également au moment où elle produit ses effets. Il est donc difficile de désigner comme parties définitives au contrat les personnes qui échangent leurs consentements au moment de la formation de celui-ci, comme il est aussi difficile de désigner comme tiers définitifs au contrat celles qui n'ont pas participé à la formation de ce dernier ⁶⁷⁵.

422. Cette confusion était donc courante au sein de la doctrine privatiste : civiliste et arbitragiste. Deux éminents auteurs de la doctrine arbitragiste, M. SERAGLINI et ORTSCEIDT, disaient que : « *Lorsque l'on parle, en doctrine et dans la jurisprudence, d'opposabilité aux tiers, on envisage plutôt la possibilité pour la convention d'arbitrage de déployer ses effets à l'égard des tiers qui ne l'ont pas signée, mais qui pourraient ainsi, soit l'invoquer, soit se la voir imposer. Autrement dit, le tiers pourrait aller, ou être contraint d'aller, à l'arbitrage prévu par la convention d'arbitrage. En quelque sorte, le tiers deviendrait ainsi une "partie" à la convention d'arbitrage. Il s'agit donc davantage d'un "effet obligatoire" que d'une "opposabilité" de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers* » ⁶⁷⁶. Un autre auteur, M. El AHDAB, avançait l'idée selon laquelle l'inclusion des tiers à l'instance arbitrale ne peut pas être désignée par la terminologie « *opposabilité* », car inappropriée. Le terme le plus adéquat serait le verbe « *lier* » et non « *opposer* », car il s'agit davantage d'un « *effet obligatoire* » que d'une « *opposabilité* ». L'auteur dit

⁶⁷¹ Pascal ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », *op. cit.*, n° 52.

⁶⁷² Jean Pierre ANCEL, « *L'arbitrage international en France : principes et systèmes* », APD, t. 52, 2009, p. 202.

⁶⁷³ L'approche de M. Ghestin élargissait tellement le domaine de la notion partie que l'on a commencé à grignoter celui des tiers.

⁶⁷⁴ Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, *Théorie générale des obligations*, t. I, Sirey, 1988, n° 262, p. 273.

⁶⁷⁵ V. en ce sens : Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil, Les obligations*, Vol. 5, 1990, n° 657, p. 356.

⁶⁷⁶ Cristophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCEIDT, *op. cit.*, n° 200, p. 246.

exactement en ces termes : « Les auteurs comme les décisions emploient le terme “opposable” pour caractériser une situation où la clause compromissoire lie, en réalité, et a donc effet obligatoire envers les parties »⁶⁷⁷. Pour expliquer ses propos, l’auteur ajoute que : « l’emploi de l’expression “opposabilité de la clause compromissoire” ne doit en effet être réservé qu’au cas où celle-ci est invoquée comme moyen de défense devant le juge judiciaire, pour faire échec à sa compétence. Toute autre utilisation du terme serait inappropriée et même incorrecte »⁶⁷⁸.

423. Deux remarques à soulever en ce sens et qui sont symptomatiques de l’assimilation entre force obligatoire et opposabilité. D’abord, si les auteurs visent par leurs propos les situations où effectivement ce n’est plus de l’opposabilité dont il s’agit, mais bien de l’effet obligatoire, car, au moment de l’exécution du contrat principal, le tiers acquiert la qualité de partie par l’un des mécanismes translatifs de droits et d’obligations — succession, donation, cession de contrat, fusion, absorption de sociétés, etc. —, ils seraient alors cohérents et pertinents. En revanche, s’ils visent toutes les situations où des personnes se trouvent soit totalement étrangères au contrat, soit proches du cercle contractuel, mais n’ayant pas donné leur consentement pour en être liées, ou encore n’ayant pas acquis totalement la qualité de partie — cas d’ayant cause à titre particulier —, on ne peut que critiquer fermement cette affirmation.

424. Ensuite, en affirmant que l’emploi de l’expression « *opposabilité de la clause compromissoire* » ne doit être invoqué que comme moyen de défense et ne doit être utilisé que pour faire échec à la compétence du juge judiciaire, M. EL AHDAB a certainement omis de rappeler qu’invoquer l’incompétence du juge judiciaire, c’est être convaincu de l’attraction à l’arbitrage de la personne qui a introduit l’action devant le juge étatique. En effet, si l’on estime que la demande introduite par un tiers, ou par l’une des parties, doit être soumise à un tribunal arbitral, cela veut dire que le tiers, ou la partie en question est forcément lié(e) par l’effet obligatoire de cette convention. Pourquoi alors mobiliser l’opposabilité pour lier une personne qui est de toute évidence tierce au contrat, puisqu’on a invoqué à son égard l’opposabilité probatoire, pour enfin l’obliger à l’effet obligatoire ? N’est-il pas plus judicieux, si l’on doit aller dans le sens donné à l’opposabilité par ces auteurs, d’invoquer dès le début la force obligatoire à l’égard de la personne qui est à lier par l’effet obligatoire ? Pourquoi mobiliser la fonction probatoire de l’opposabilité pour mettre en œuvre « le

⁶⁷⁷ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 58, p. 75.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, sous note n° 163, p. 75.

pouvoir d'attraction » de la force obligatoire, si l'on sait que dans tous les cas le tiers sera lié par l'effet obligatoire? Ces affirmations confirment donc la confusion fréquente entre les propriétés de chaque principe.

425. En poursuivant sa critique, M. EL AHDAB donne quelques exemples d'auteurs ayant, selon lui, maladroitement utilisé le terme « opposabilité ». Ce dernier écrit que : « *Les auteurs formulent parfois exactement l'opposé de ce que le principe de l'opposabilité devrait signifier (...)* »⁶⁷⁹. Il cite M. DELEBECQUE⁶⁸⁰ et dit que : « *On a ainsi pu écrire que la solution d'un arrêt commenté "conduit à dire que le sous-acquéreur ou le maître de l'ouvrage doit respecter toutes les clauses (...) contenues dans le contrat initial (...) et devrait également conduire à ce que soient opposables à ce sous-acquéreur ou à ce maître de l'ouvrage les clauses compromissaires" : respecter une clause, c'est être lié par elle ; l'utilisation symétrique du mot "opposables" est donc impropre* »⁶⁸¹. Ici, on ne voit pas pourquoi l'auteur associe le mot « respect » au verbe « lier ». Respecter un contrat, c'est s'abstenir d'y porter atteinte. Le respect du contrat et le devoir d'abstention, comme l'a justement mentionné M. DELEBECQUE, s'accordent de manière générale avec le verbe « opposer », car l'opposabilité est le devoir de respect qui s'impose aux tiers. En d'autres termes, dans un groupe de contrats non translatifs de propriété, le maître de l'ouvrage, ne faisant pas partie du contrat conclu entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, est contraint seulement au respect des clauses insérées dans ce contrat. C'est également le cas pour le sous-traitant qui n'est pas lié par l'effet obligatoire du contrat principal conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, car il n'en a pas consenti les termes, mais il lui incombe toutefois le devoir de respect vis-à-vis de ce contrat. S'il y a un non-respect des obligations créées, la fonction sanction de l'opposabilité devrait alors être mobilisée à l'égard des tiers au même temps que la fonction attraction, fonction que nous aurons l'occasion de revoir dans un temps ultérieur.

426. M. EL AHDAB poursuit son illustration et critique l'affirmation de POUURET à propos d'un arrêt qu'il a commenté. POUURET disait dans un commentaire que la décision d'un arrêt « *justifie l'opposabilité de la clause à la société au motif qu'elle a joué un rôle important dans la conclusion de la promesse d'achat* »⁶⁸². Pour M. EL AHDAB : « *Il s'agissait bien sûr de dire que la société, ayant participé à la négociation*

⁶⁷⁹ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 58, p. 76.

⁶⁸⁰ Philippe DELEBECQUE, « *La transmission de la clause compromissaire - à propos de l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 1990* », *op. cit.*, p. 19.

⁶⁸¹ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 58, p. 76.

⁶⁸² Jean-François POUURET, « *L'extension de la clause d'arbitrage : approches française et suisse* », *JDI* 1995, p. 900.

du contrat contenant la clause compromissoire, en avait eu connaissance, ce qui justifiait, non pas qu'elle lui soit opposable, mais bien qu'elle la lie »⁶⁸³. Là encore, participer à la négociation d'un contrat ne signifie pas que la personne a donné son consentement pour qu'elle en soit liée. Celle-ci est sans doute très proche du cercle contractuel, mais il n'en demeure pas moins qu'elle reste tierce au contrat. Si elle est atraite à l'arbitrage, c'est parce que son implication a dû probablement provoquer la naissance d'un litige. Il est donc tout à fait normal que la personne impliquée soit atraite à l'instance arbitrale pour répondre de ses actes.

427. Cela dit, la confusion n'a pas été observée uniquement dans les travaux de cet auteur, mais également chez d'autres. Ainsi, on a pu relever par exemple chez M. COHEN qui a écrit dans un commentaire d'arrêt que : « *Au regard du droit français, l'absorption d'une société par une autre entraîne la transmission contractuelle de la clause compromissoire stipulée par la société absorbée de sorte que cette clause est opposable à la société absorbante* »⁶⁸⁴. Il est évident qu'en présence d'un mécanisme translatif de droit et d'obligation, le nouvel ordonnancement créé ne peut être visé par le principe d'opposabilité, car la société absorbante acquiert la qualité de partie et se substitue à la place de la société absorbée dans tous les contrats qu'elle a pu conclure, mais bien par la force obligatoire. Par ailleurs, il arrive parfois que des auteurs se rendent compte qu'ils n'ont pas utilisé le bon terme pour qualifier une situation juridique et reviennent sur leur propos. D'ailleurs, M. COHEN en fait partie, car après avoir qualifié le processus d'attraction d'un tiers par le terme « opposabilité », il s'est ravisé pour affirmer dans un autre commentaire d'arrêt : « *Une précision terminologique s'impose : bien que les deux décisions, arbitrale et judiciaire, parlent toutes d'eux d'opposabilité de la clause compromissoire, il s'agit bien en réalité de son effet obligatoire* »⁶⁸⁵.

428. Cependant, pour des raisons qu'on aura l'occasion d'étayer, l'utilisation du terme opposabilité n'est pas impropre dans l'affirmation de M. TOMASI qui indiquait que : « *Le principe est donc désormais acquis : l'opposabilité de la clause compromissoire au sous-acquéreur est fondée sur sa transmission au titre d'un mécanisme du droit interne des obligations, qui veut que cette clause soit transmise comme accessoire au second degré, à savoir un accessoire de l'action, elle-même transmise comme accessoire de la chose vendue* »⁶⁸⁶. Ou encore, lorsque BERTRAND s'interrogeait en ces

⁶⁸³ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 58, p. 76.

⁶⁸⁴ Daniel COHEN, *obs. s. CA Paris*, 11 mars 1993, *Rev. arb.*, 1993, p. 735.

⁶⁸⁵ Daniel COHEN, *note s. Cass. com.*, 20 juin 1995, *Rev. arb.*, 1995, p. 622.

⁶⁸⁶ Thierry TOMASI, *obs. s. Cass. civ. 1^{ère}*, 9 juill. 2014, n° J 13-17402, *CAPJI*, 2015.

termes : « *la question est de savoir si la clause compromissoire insérée dans un contrat de vente internationale était opposable à l'assureur subrogé dans les droits de l'acheteur* »⁶⁸⁷.

429. Pour finir, les exemples cités ci-dessus montrent que la confusion est bel et bien une problématique courante. Il faut noter qu'elle n'est pas seulement du côté de la doctrine, elle est aussi constatée chez une partie de la jurisprudence, et même dans certains textes législatifs. C'est ce que nous verrons dans les développements à venir.

b. *L'usage par la jurisprudence et le législateur des verbes « lier » et « opposer » pour désigner le même effet*

430. L'assimilation faussée entre l'opposabilité et la force obligatoire manifestée par l'utilisation des verbes « lier » et « opposer » pour désigner *le même effet* — *effet d'attraction* — n'est pas seulement une affaire de la doctrine. On observe la même confusion dans les autres sources du droit positif. Du côté de la jurisprudence, il arrive parfois que le terme opposabilité soit utilisé pour viser l'effet obligatoire et inversement. On a pu ainsi relever dans la très célèbre sentence, Dow Chemical, confirmée par la Cour d'appel de Paris, 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 en peuvent découler* »⁶⁸⁸. Dans cette décision, l'arbitre ainsi que les juges ont utilisé le verbe « lier » pour désigner l'attraction alors qu'il s'agit de l'un des mécanismes de l'opposabilité, à savoir l'extension des effets de la convention d'arbitrage à l'égard d'une société non-signataire en raison de son immixtion. De même, dans une décision étrangère, il a été affirmé que : « *une clause compromissoire ne peut être opposée à une personne qui ne l'a pas signée personnellement* ». Ici, la signature est l'élément matériel de l'extériorisation du consentement. Autrement dit, la signature d'un acte est la preuve matérielle que l'on a donné son consentement de manière expresse. Or, le terme adéquat pour qualifier les effets nés après une volonté

⁶⁸⁷ Thomas BERNARD, note sous CA Paris, 7^{ème} Ch. A, 16 mai 1984, *Rev. arb.*, 1985, p. 457.

⁶⁸⁸ Sentence CCI, n° 4131/1982, 23 sept. 1982, (*Sté Isover-Saint-Gobain c/Sté Dow Chemical France*), Rec. des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, p. 464 et s. Confirmée en appel, CA Paris, 21 oct. 1983, *Rev. arb.*, 1984, p. 98 et s., note CHAPELLE.

expresse est bien évidemment « *l'effet obligatoire* » et non « *l'opposabilité* ». Cette utilisation est, pour le moins que l'on puisse dire, impropre.

431. Du côté du législateur, celui-ci a parfois pris position en faveur de l'usage de la terminologie « *opposabilité* » pour désigner à la fois l'effet qui est censé s'étendre aux tiers à l'extension et celui censé obliger les ayants cause universels ou à titre universel à la transmission. En ce sens, l'article 2061 du Code civil, applicable à l'arbitrage interne, énonce que : « *La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée* », ou encore : « *Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ».

432. En revanche, il n'y a nullement fausse assimilation entre le principe d'opposabilité et celui de l'effet obligatoire lorsque la jurisprudence déclare que : « (...) *la cour d'appel, qui a retenu que la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable dès lors qu'accessoire du droit d'action, elle était opposable aux victimes exerçant l'action directe contre les assureurs, a exactement décidé que le tribunal de commerce de Nancy était incompétent* »⁶⁸⁹. En effet, malgré qu'elle n'ait pas été consentie par les victimes exerçant une action directe à l'encontre du responsable du dommage et de son assureur, la convention d'arbitrage insérée dans un contrat d'assurance est opposable aux victimes. L'opposabilité se met en œuvre ici à travers le mécanisme de la subrogation. En d'autres mots, les victimes qui agissent contre l'assureur du responsable du dommage exercent un droit de l'assuré tiré du contrat d'assurance contenant la clause. Ce qui explique donc leur attraction à l'arbitrage.

433. Il ne peut y avoir de confusion non plus lorsqu'elle affirme que : « *La simple connaissance de la clause compromissoire ne suffit pas à la rendre opposable au tiers. L'opposabilité de la clause compromissoire suppose que le tiers vienne aux droits de la partie signataire de la clause compromissoire, ou justifie de liens contractuels indirects avec le contrat d'origine. Dans le cas présent, M. X ne justifie pas remplir ces conditions. Il s'en déduit que la clause compromissoire est inapplicable* »⁶⁹⁰. Effectivement, les personnes qui viennent uniquement aux droits de la partie signataire, ne recueillant donc pas les obligations, sont des ayants cause à titre particulier, c'est-à-dire des personnes qui n'ont pas acquis totalement la qualité de partie. On l'envisagera plus en détail, les ayants cause à titre particulier sont des tiers intermédiaires. Aussi, les personnes qui

⁶⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2018, n° 17-28.951, D. 2019, p. 2435, obs. CLAY ; Gaz. Pal. 2019, n° 11, p. 34, obs. BENSUADE ; DMF 2019, n° 810, note DELEBECQUE.

⁶⁹⁰ CA Paris, pôle 5 — Ch. 10, 14 oct. 2019, n° 19-01346.

justifient d'un lien indirect avec le contrat sont par définition des tiers au contrat. Il peut s'agir d'un conjoint du contractant, d'une société tierce au contrat, mais appartenant à un groupe de sociétés... etc. En quelques mots, un tiers proche du cercle contractuel. L'usage du terme « *opposabilité* » pour qualifier le lien qui existe entre ces personnes et le contrat est donc tout à fait cohérent.

434. En somme, bien qu'il soit difficile d'affirmer que l'utilisation confuse des deux termes est due à une assimilation délibérée ou à un manque de rigueur dans le choix des termes, ce que l'on peut retenir en revanche c'est qu'on ne peut assimiler entre deux principes qui, bien que complémentaires, sont distincts. À vrai dire, la finalité de l'effet obligatoire est d'obliger les parties contractantes à exécuter les obligations créées par elles, alors que celle de l'opposabilité est de contraindre les tiers à respecter lesdites obligations et de ne pas y porter atteinte. Nous l'avons longuement exposé en droit commun et nous aurons l'occasion de l'étayer en droit de l'arbitrage, l'opposabilité est, à n'en pas douter, distincte de la force obligatoire. Il est certain que l'effet de l'opposabilité, c'est-à-dire l'effet d'attraction — fonction de l'opposabilité en droit de l'arbitrage —, prend une allure similaire à celui de la force obligatoire en matière d'arbitrage, mais nous verrons qu'ils empruntent différents mécanismes. A côté de ça, l'utilisation fluctuante de la terminologie « *opposabilité* » n'est pas le seul obstacle qui pourrait mettre en doute la réception de l'opposabilité en droit de l'arbitrage. Il s'avère que l'absence d'une position tranchée sur la qualification de la convention d'arbitrage influence également cette réception.

2. L'absence d'une position tranchée sur la qualification juridique de la convention d'arbitrage

435. L'opposabilité en droit de l'arbitrage n'est pas seulement malcommode dans l'utilisation de ses termes, elle souffre également de l'imprécision théorique liée à la qualification juridique de la convention d'arbitrage, plus précisément la clause d'arbitrage. En effet, il est aujourd'hui difficile de trancher sur celle-ci : est-elle un contrat à part entière, un droit ou une obligation? (a). Bien entendu, chaque qualification a une conséquence sur le principe de l'opposabilité, ce qui complique davantage sa saisissabilité (b).

a. *La convention d'arbitrage : contrat, droit ou obligation ?*

436. Les manifestations pratiques de la convention d'arbitrage sont la clause d'arbitrage et le compromis. La clause compromissoire, insérée dans un contrat, vise la résolution, devant l'arbitrage, des litiges à naître de ce contrat. Le second est l'acte par lequel les parties soumettent à l'arbitrage la résolution d'un litige déjà né. Le compromis ne pose pas de difficultés particulières quant à sa qualification juridique, puisqu'il est conclu séparément à l'instar de tous les actes juridiques. Il est donc un acte juridique « *isolé et statique dans sa vie juridique* »⁶⁹¹. En revanche, la qualification de la clause compromissoire est beaucoup moins évidente et fait l'objet de vives discussions. Effectivement, lorsque l'on s'essaye à sa catégorisation, on s'aperçoit que la clause d'arbitrage a une qualité unique. L'interprète est bien souvent tenté de la réduire à un contrat *sui generis* ou innommé de ce qu'il croit être, du fait de ses spécificités, un contrat spécial⁶⁹², mais la récuse aussitôt lorsqu'il s'aperçoit que cette qualification est aujourd'hui obsolète. Toutefois, en raison de son attachement à la matière contractuelle, certains auteurs la qualifient de contrat « *à part entière* »⁶⁹³, ou de « *contrat dans le contrat* »⁶⁹⁴.

437. La principale raison derrière une telle qualification réside dans le principe de l'autonomie de la clause compromissoire. Caractéristique spécifique à celle-ci, l'autonomie permet à la clause d'arbitrage d'être à la fois autonome de toute loi étatique et indépendante matériellement du contrat principal⁶⁹⁵. C'est précisément cette dernière caractéristique qui est à l'origine du débat. De fait, grâce à l'autonomie matérielle, la clause compromissoire ne peut souffrir des causes d'anéantissement du contrat principal et maintient donc ses effets procéduraux. Ainsi, si le contrat principal est frappé de nullité, résilié ou résolu, la clause survit et ne suit pas le sort du principal. L'exercice inverse est tout aussi vrai. En principe, si la clause compromissoire est nulle, celle-ci ne doit pas affecter le contrat principal, à moins que la cause de nullité n'affecte en même temps les deux — cas de l'incapacité juridique ou commerciale de contracter —. Pour insister sur cette caractéristique, certains auteurs se sont même interrogés sur le fait de savoir si la détachabilité de la clause

⁶⁹¹ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 19, p. 33.

⁶⁹² Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit civil : Les contrats spéciaux*, éd. 14^{ème}, Cujas, 2001, n° 1240 et s.

⁶⁹³ Nathalie COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrages et d'élection du for en droit international privé*, thèse de doctorat, droit, préf. Marc FALLON, L.G.D.J., 1999, n° 296 et s.

⁶⁹⁴ Henri MOTUSLKY, *note sous Trib. civ. Seine*, 7 juin 1956, *JCP* 1956, II, 9460 ; republié in *Écrits* II, p. 321.

⁶⁹⁵ V. *infra* n° 501 et s.

d'arbitrage n'implique pas un consentement distinct de celui exprimé pour le contrat principal⁶⁹⁶.

438. Cela dit, qualifier la clause d'arbitrage de contrat à part entière peut sembler délicat à justifier sur le plan théorique dans la mesure où le critère d'accessoriété, qui permet sa transmissibilité en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire des droits substantiels, attache à cette clause une propriété spécifique aux clauses contractuelles. On peut ainsi dire que le caractère accessoire de la clause d'arbitrage dévoile en réalité sa véritable nature : la dépendance au contrat initial. En effet, la clause d'arbitrage n'existe qu'accompagnée des droits substantiels pour lesquels elle est prévue⁶⁹⁷. M. MAYER disait à ce propos que la clause d'arbitrage « *serait inconcevable en l'absence du reste du contrat* »⁶⁹⁸. Autrement dit, l'objet et la cause de la clause dépendent de l'existence du contrat principal. D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle M. MAYER parle de séparabilité et non d'indépendance ou d'autonomie. Terme qui devrait théoriquement relativiser le principe.

439. En outre, une autre difficulté s'annonce. Au surplus de la difficile qualification juridique de la clause d'arbitrage, les auteurs de la doctrine hésitent également sur la qualification de l'effet processuel. En effet, si la finalité d'une clause d'arbitrage est de permettre aux parties la résolution devant un juge privé des litiges nés d'un contrat, et sous certaines conditions, l'attraction des tiers, puisque la clause est de toute évidence une « *clause contentieuse* »⁶⁹⁹ et une « *convention de juridiction* »⁷⁰⁰, la nature juridique de l'effet procédural qu'elle produit demeure cependant difficile à catégoriser. Ce qui n'est pas sans complexifier davantage le débat sur la qualification juridique de la clause d'arbitrage. Ainsi, la question qui se pose est de savoir si l'effet procédural est un droit ou une obligation. Car il n'est pas rare de rencontrer dans la littérature juridique les termes « *droit d'action* » et « *obligation de l'arbitrage* » pour désigner l'effet procédural de la convention d'arbitrage.

440. L'effet procédural, qui oblige les contractants, peut être défini comme l'injonction donnée à ces derniers de ne pas saisir le juge étatique. À l'égard des tiers, on parle plutôt d'effet mobilisateur ou d'effet d'attraction à l'arbitrage en ce qu'il empêche ceux-ci de saisir leur juge naturel. Cette conséquence procédurale peut donc

⁶⁹⁶ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 19, p. 34.

⁶⁹⁷ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 81, p. 109.

⁶⁹⁸ Pierre MAYER, « *Les limites de la séparabilité de la clause d'arbitrage* », *Rev. arb.*, 1998, n° 3 et s., p. 361.

⁶⁹⁹ Loïc CADIET, « *Clauses relatives aux litiges* », *JCI. Contrat – Distribution*, fasc. n° 2, 1988.

⁷⁰⁰ Nathalie COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*

être assimilée à une obligation de faire — agir exclusivement devant l'arbitre — ou de ne pas faire — ne pas agir devant le juge étatique —. Mais cette qualification n'est pas unanime. M. JUILLET admet par exemple que la clause d'arbitrage ne renferme pas d'obligations : ni une obligation de faire, ni une obligation de ne pas faire, ni même une obligation conditionnelle. Elle a un effet réel et non pas personnel⁷⁰¹.

441. La clause d'arbitrage est considérée également comme une source de droits pour les parties. Hormis le fait qu'elle permet aux parties signataires, ainsi qu'aux tiers en cas d'attraction, de bénéficier de certains droits — droit de choisir les arbitres, l'institution et le siège de l'arbitrage, de choisir également le droit applicable à la procédure et au fond du litige, la langue du procès et des sentences, etc. —, elle est considérée comme un droit d'action — plus précisément un accessoire du droit d'action — dans la mesure où elle donne à l'auteur d'une prétention le droit d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que l'arbitre dise bien ou mal fondée. Elle est également un droit pour l'adversaire, puisqu'elle lui donne le droit de discuter du bien-fondé de cette prétention⁷⁰². Ce disant, peut-on considérer réellement ces facultés comme des droits au sens strict du terme, c'est-à-dire comme des « *prérogatives individuelles reconnues et sanctionnées par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui* »⁷⁰³ ? Par l'affirmative, nous répondons, mais précisons simplement que les droits que renferme la convention d'arbitrage ne sont pas comparables aux autres droits qui peuvent être créés par un contrat de créance, de vente, de distribution... etc.

442. Finalement, quelle qualification faut-il retenir ? De notre point de vue, position partagée avec la quasi-majorité de la doctrine, la clause d'arbitrage est bel et bien une clause, parmi d'autres, qui s'insère dans un contrat dont elle puise l'objet et la cause. Elle bénéficie d'une « *dose d'autonomie* »⁷⁰⁴, qui lui permet de résister à la disparition du principal, et du régime de la règle de l'accessoire, qui autorise seulement sa transmission et non sa disparition. Nous pensons que la clause d'arbitrage ne peut pas être qualifiée de contrat à part entière, car si on la qualifie

⁷⁰¹ Christophe JUILLET, *Les accessoires de la créance*, thèse de doctorat, droit, préf. Christian LARROUMET, Defrénois, Lextenso, coll. Doctorat & Notariat, t. 37, 2009, n° 71, p. 46 ; v. également en ce sens : Jean-Pierre TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Catherine LABRUSSE-RIOU, Lille, 1977 ; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 626 et s.

⁷⁰² V. en sens : l'article 30 du CPC qui définit l'action comme : « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention* ».

⁷⁰³ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 374.

⁷⁰⁴ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 81, p. 109.

d'*engagement dans l'engagement*, certains mécanismes translatifs se trouveront alors alourdis. Ceci est notable en présence d'une cession de créances dans laquelle on serait devant une cession de droit de créance suivie d'une cession de contrat (d'arbitrage) et donc devant un mécanisme qui nécessiterait un formalisme exigeant, comme celui prévu à l'article 1216 du Code civil pour la cession de contrat, c'est-à-dire un consentement express du cédé. Or, l'article 2061 du Code civil n'exige pas de consentement en cas de transmission de la clause d'arbitrage. Au surplus, si la clause d'arbitrage avait été qualifiée de contrat dans le contrat, alors le compromis d'arbitrage n'aurait pas été prévu.

443. Par ailleurs, même si le terme « *convention* » est utilisé pour désigner l'acte juridique dans son ensemble par opposition aux clauses et stipulations qui le composent, celui-ci est aussi utilisé pour désigner la clause compromissoire, car les clauses contractuelles sont, en un sens, des conventions⁷⁰⁵. Nous optons donc pour le terme « *convention* », car, d'un côté, la convention est une catégorie juridique plus large que le contrat. De l'autre côté, parce que le terme « *convention* » est retenu par l'alinéa 2 de l'article 1442 du CPC qui définit la clause compromissoire expressément comme une « *convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats* ». Aussi, le terme « *convention* » permet de préserver l'harmonisation de la terminologie au regard des autres droits qui, dans leur majorité, définissent la clause d'arbitrage comme une convention.

444. S'agissant de la qualification de l'effet processuel créé par la clause d'arbitrage, celle-ci sera tranchée après avoir examiné les conséquences juridiques, sur le principe d'opposabilité, de chaque sens qui sera donné à cet effet processuel.

b. Les conséquences juridiques de chaque qualification sur le principe d'opposabilité

445. Nous avons achevé nos précédents propos en disant que la clause d'arbitrage est véritablement une clause contentieuse ou une convention de procédure. Cette nature particulière nous conduit à nous interroger sur son régime juridique et notamment sur la nature juridique des effets qu'elle crée, c'est-à-dire savoir si elle produit une obligation, un droit ou les deux à la fois. Il est évident

⁷⁰⁵ V. en ce sens : Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 268, *v.* convention.

lorsque l'on parle de l'effet de la clause compromissoire, on vise systématiquement le principal effet, à savoir l'effet procédural. L'interrogation sur la nature juridique de cet effet n'est pas dénuée de sens, car suivant la qualification qui lui sera donnée, il se peut que le principe d'opposabilité soit impacté. Autrement dit, si l'effet processuel est qualifié de « *droit* » — droit d'action —, cette qualification aurait un impact bien différent sur le principe d'opposabilité que s'il est qualifié d'obligation. L'impact sera plus visible en présence des mécanismes translatifs à titre particulier que nous avons retenus comme étant des mécanismes permettant l'opposabilité de la convention d'arbitrage aux tiers ayants cause à titre particulier.

446. En effet, si l'on qualifie l'effet processuel d'obligation uniquement manifestée par l'obligation de faire ou de ne pas faire, et il y a une forte raison à penser cela, puisque la clause d'arbitrage produit une charge passive qui oblige les parties, l'effet processuel ne peut être transmis à lui seul, et ce, en raison de la conception dominante héritée du droit romain de l'intransmissibilité des obligations de l'auteur à l'ayant cause à titre particulier. Nous partageons l'approche classique de l'obligation qui attribue à celle-ci un caractère personnel, c'est-à-dire propre à celui qui l'a souscrite puisqu'elle n'engage que lui. Pour JOSSERAND : « *si l'obligation est strictement un lien personnel, le changement de personne l'anéantira, et il faudra substituer au lien ancien un lien nouveau. Si au contraire elle est exclusivement une partie du patrimoine, elle pourra, sauf modification, passer d'un créancier à un autre créancier ou d'un débiteur à un autre débiteur de même qu'un droit de propriété circule sans s'altérer* »⁷⁰⁶.

447. Cela dit, peut-on considérer l'effet créé par la clause comme faisant exclusivement partie du patrimoine alors qu'elle a un objet processuel et non substantiel, c'est-à-dire un objet neutre ?⁷⁰⁷ Ce qui est certain c'est que l'effet processuel de la clause d'arbitrage ne peut pas être un élément du patrimoine, car une obligation qui fait partie exclusivement du patrimoine signifie qu'elle doit avoir une valeur *active* pour le créancier et une charge *passive* pour le débiteur⁷⁰⁸. Or, la clause d'arbitrage a pour effet une charge passive pour les deux contractants, c'est-à-dire une contrainte qui consiste à prohiber la saisine du juge étatique. Ainsi, de ces deux conceptions, seule la première est en mesure d'être adoptée si l'on devait réellement qualifier l'effet processuel d'obligation. Or, comme on vient de le dire, du principe de la personnalité de l'obligation, on en déduit celui de l'incessibilité et

⁷⁰⁶ Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, éd. 2^{ème}, Sirey, Paris, 1933, n° 905, p. 483.

⁷⁰⁷ Smahane AKHOUAD, *op. cit.*, n° 230 et s.

⁷⁰⁸ Louis JOSSERAND, *op. cit.*, n° 905, p. 483.

l'intransmissibilité de l'obligation, car reflétant comme un aspect de la personnalité⁷⁰⁹ — obligation *intuitu personae* ou *intuitu firmae* —. D'ailleurs, dans le célèbre arrêt *Cimat*, la Cour de cassation s'est attachée à constater que la clause d'arbitrage n'a pas été conclue *intuitu personae* auquel cas sa transmission serait alors paralysée⁷¹⁰. Cette approche ne peut, par conséquent, être retenue, et ce, pour deux raisons. D'une part, une intransmissibilité de la clause aurait pour conséquence d'écarter d'emblée l'opposabilité à l'égard des ayants cause à titre particulier, sauf si l'on se place sur le terrain des mécanismes d'extension. D'autre part, la clause d'arbitrage est souvent transmise avec les droits substantiels.

448. Justement, la transmission de la clause d'arbitrage aux ayants cause est la démonstration parfaite que l'effet processuel de la clause d'arbitrage ne peut être qualifié exclusivement d'obligation, il doit être attaché certainement à un droit, en l'occurrence à un droit d'action, qui permet donc sa transmission en tant qu'accessoire des droits substantiels. Un droit d'action transmissible autant de fois que le droit substantiel change de mains, et peut même être étendu dans les cas où des tiers s'impliquent dans le contrat, ce qui serait inenvisageable si l'effet processuel est qualifié d'obligation uniquement. Un droit d'action qui ne pourrait donc souffrir ni s'altérer si les droits substantiels, auxquels est attachée la clause, sont fractionnés. Ainsi, si un créancier, ayant conclu une clause d'arbitrage avec un débiteur, décide de céder une partie de sa créance, l'action attachée au droit de créance se transmet avec cette cession partielle, sans que les effets de la clause s'estompent entre les deux parties originelles⁷¹¹, c'est ce qu'on pourrait appeler « l'effet multiplicateur »⁷¹² ou « l'effet d'entraînement »⁷¹³ de la convention d'arbitrage à la transmission.

449. En ce qui nous concerne, la clause d'arbitrage sera qualifiée en une sorte de convention « d'obligation -droit », c'est-à-dire une convention qui crée au profit des parties un droit, mais en même temps, elle les empêche de saisir les tribunaux

⁷⁰⁹ V. en ce sens : Arnaud LECOURT, *Fiches de droit des obligations*, éd. 6^{ème}, Ellipses, 2019, p. 6.

⁷¹⁰ Cass. com., 28 mai 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 397, note COHEN.

⁷¹¹ Cette multiplication de la convention à la transmission a amené une partie de la doctrine à penser qu'il n'y a pas de transmission de la convention d'arbitrage, car si c'était le cas elle ne continuerait pas à régir les rapports entre les parties au rapport initial. Une partie de cette doctrine pense : « qu'il n'y a que la volonté de la jurisprudence d'appliquer la convention d'arbitrage à d'autres personnes que les parties au rapport fondamental. L'important est donc d'attirer de gré ou de force certaines personnes à l'arbitrage, alors qu'elles ne sont pas parties à l'origine non au contrat ni à la convention d'arbitrage et qu'elles n'ont recueilli d'obligations dans leur patrimoine », in, Smahane AKHOUAD, *op. cit.*, n° 516, p. 491.

⁷¹² *Ibid.*, n° 517, p. 492.

⁷¹³ Philippe FRANCESCOAKIS, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation », *Rev. arb.*, 1974, p. 67, cité par Jean Pierre ANCEL, *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire*, *op. cit.*, p. 75.

étatiques, et on ne peut pas séparer ces deux aspects⁷¹⁴. Autrement dit, cette convention crée un droit d'agir devant l'arbitre : le droit d'action, et simultanément une obligation : une charge à l'égard des deux parties qui les oblige à ne pas saisir le juge étatique. C'est en partant de cette approche de « *droit-obligation* » que la transmission de la clause d'arbitrage est possible. Il en résulte que la qualification de l'effet processuel d'obligation uniquement ou de droit uniquement nous paraît totalement exclue.

B. *L'inadaptation en matière d'arbitrage des applications classiques de l'opposabilité*

450. L'intérêt de l'opposabilité, comme prévu par l'article 1200 du Code civil et tel que nous l'avons examiné, est de permettre l'invocation du contrat à titre de preuve ou de sanctionner le comportement d'un tiers qui viendrait en violation de ce contrat. M. GOUTAL disait à propos de cet intérêt en droit de l'arbitrage que : « *Les solutions tirées du principe d'opposabilité de la convention seront moins intéressantes en matière d'arbitrage que dans le droit commun contractuel* »⁷¹⁵. Cela s'entend, si notre objectif est d'attribuer à l'opposabilité une nouvelle fonction en matière d'arbitrage, à savoir « *l'opposabilité-attraction* », on ne pourrait que partager cette affirmation, mais nous verrons que celle-ci peut être tempérée. Mais avant cela, il convient d'exposer les arguments avancés en ce sens par la doctrine, à savoir l'argument qui soutient que « *l'opposabilité — sanction* » est dépourvue d'intérêt en matière d'arbitrage (a), et celui qui présente « *l'opposabilité — probatoire* » comme fonction dénuée de sens en droit de l'arbitrage (b).

1. « *L'opposabilité — sanction* » dépourvue d'intérêt en matière d'arbitrage

451. Nous avons essentiellement retenu la critique de M. GOUTAL qui disait que : « *L'une des applications les plus utiles de l'opposabilité — celle qui permet de retenir une faute à la charge du tiers complice de la violation par une partie de ses obligations contractuelles — sera dépourvue d'intérêt en matière d'arbitrage* »⁷¹⁶. L'auteur conforte ses

⁷¹⁴ V. en ce sens l'intervention de M. Pierre MAYER dans le débat relatif au colloque : « *L'arbitrage et les tiers* », *Rev. arb.*, 1988, p. 467.

⁷¹⁵ Jean Louis GOUTAL, *op. cit.*, p. 451.

⁷¹⁶ Jean Louis GOUTAL, *op. cit.*, p. 451

propos en expliquant que si une personne non-signataire de la convention d'arbitrage incite l'un des contractants à ne pas exécuter les effets d'une convention d'arbitrage, cela sera en général indifférent à l'autre contractant, car le tribunal arbitral pourra malgré tout être constitué sans le contractant défaillant, dès lors que celui-ci aura été en mesure de présenter sa défense⁷¹⁷. La fonction sanction de l'opposabilité ne présente ainsi pour l'auteur « *rien de bien passionnant* »⁷¹⁸ en droit de l'arbitrage, à moins que l'on envisage l'opposabilité de la sentence arbitrale — qui, faut-il le rappeler, ne sera pas traitée ici —, car pour l'auteur c'est cette opposabilité qui se profile derrière l'opposabilité de la convention d'arbitrage. En d'autres termes, l'opposabilité de la convention d'arbitrage débouche sur l'opposabilité de la sentence arbitrale.

452. En réalité, les propos de M. GOUTAL ne sont pas contestables et on ne peut que les partager dans le sens où ce n'est pas la fonction sanction, application la plus fréquente de l'opposabilité en droit commun, qui est souvent visée lorsque l'on parle de l'opposabilité en matière d'arbitrage. C'est ce que confirment d'ailleurs certains auteurs en considérant que : « *Lorsque l'on parle, en doctrine et dans la jurisprudence, d'opposabilité aux tiers on envisage plutôt la possibilité pour la convention d'arbitrage de déployer ses effets à l'égard d'un tiers qui ne l'a pas signée, mais qui pourrait ainsi, soit l'invoquer, soit se la voir imposer. Autrement dit, le tiers pourrait aller, ou être contraint d'aller, à l'arbitrage prévu par la convention d'arbitrage. En quelque sorte, le tiers deviendrait ainsi une "partie" à la convention d'arbitrage. Il s'agit donc davantage d'un "effet obligatoire" que d'une "opposabilité" de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers* »⁷¹⁹.

453. Faut-il pour autant abandonner cette fonction dès lors que l'on est en matière arbitrale ? Bien entendu, il n'est pas question de se départir de cette fonction en matière d'arbitrage, car ne pas prendre en compte la finalité sanction du principe d'opposabilité en droit de l'arbitrage, revient à priver la convention d'arbitrage d'un principe de base du droit des contrats, qui s'applique aux conventions de manière générale, vu la base volontaire et contractuelle de celles-ci, et qui renforce son efficacité extérieure. C'est ainsi que la nature contractuelle de la clause ne permet pas simplement à celle-ci de bénéficier du principe de la relativité et de la force obligatoire, qui garantissent une efficacité intérieure, mais elle doit pouvoir

⁷¹⁷ *Id.*

⁷¹⁸ *Id.*

⁷¹⁹ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 200, p. 246 et s.

également être opposable à l'égard des tiers, sauf à autoriser ces derniers à ne pas respecter l'existence de la convention d'arbitrage et l'effet procédural qu'elle crée.

454. Sur la même trame critique, nous avons soulevé chez d'autres auteurs l'idée que la fonction probatoire du principe d'opposabilité du droit commun contractuel est vue comme dénuée d'intérêt si celle-ci devait s'appliquer à la matière processuelle.

2. « L'opposabilité – probatoire » dénuée de sens en droit de l'arbitrage

455. M. EL AHDAB disait clairement à propos de la mobilisation de la fonction probatoire de l'opposabilité en matière d'arbitrage que : « *On ne voit pas pourquoi un tiers utiliserait une convention d'arbitrage, à titre de preuve, et pour prouver quoi* »⁷²⁰. Cette affirmation ne nous étonne guère. L'auteur fait partie de ceux qui pensent que l'utilisation du terme « opposabilité » est impropre en matière d'arbitrage et que son emploi ne devrait être utile que pour caractériser une situation où la clause compromissoire lie les tiers, c'est-à-dire la situation où elle a un effet obligatoire à leur égard⁷²¹. Lorsqu'elle est mobilisée en matière d'arbitrage, l'opposabilité n'a pour l'auteur qu'un seul sens, *a priori* différent du sens pour lequel elle est reconnue en droit commun, celui de l'effet obligatoire.

456. Or, là encore, bien que la fonction probatoire de l'opposabilité ne soit pas le sens obvie du principe en matière d'arbitrage, on se refuse résolument à admettre que cette fonction soit appliquée seulement dans la sphère substantielle et abandonnée ou mise de côté dans la sphère processuelle. Le tiers pourrait aussi bien se prévaloir de la convention d'arbitrage, qu'elle soit insérée dans un contrat ou conclue séparément sous forme de compromis, afin d'y puiser les renseignements nécessaires pour mettre en lumière l'existence de l'effet processuel qui pourrait être une source de préjudice à son égard. Il peut également s'en prévaloir pour demander son attraction à l'arbitrage. En effet, comme tout contrat, la convention d'arbitrage modifie l'ordonnement juridique, plus précisément l'ordonnement juridictionnel. En tant qu'il établit une situation juridique nouvelle⁷²², cet ordre

⁷²⁰ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 57, p. 75.

⁷²¹ *Ibid.*, n° 58, p. 75 et s.

⁷²² V. en ce sens : Alex WEILL, *op. cit.*, p. 249.

n'atteint en principe que la situation juridictionnelle des parties, mais il n'est pas impossible qu'il modifie celle des tiers.

457. De la même façon, les parties signataires peuvent également se saisir de leur contrat afin de l'invoquer à l'égard des tiers à titre de preuve. Cette possibilité nous l'avons vérifié avec le contrat de manière générale et nous avons dit, partageons donc l'avis de la jurisprudence en ce sens, qu'un contrat peut toujours être invoqué dans une contestation contre un tiers, à l'appui d'une affirmation de fait, pour établir la situation exacte des parties contractantes⁷²³.

458. Par ailleurs, invoquer la clause d'arbitrage ne contredit pas la discrétion et la confidentialité qui caractérisent le recours à l'arbitrage, puisque celle-ci concerne surtout la sentence arbitrale et non le processus conduisant à cette sentence. Même s'il faut avouer que la confidentialité peut parfois concerner les termes de la clause d'arbitrage, mais cette confidentialité est une raison de plus pour nous conforter dans l'idée que l'opposabilité probatoire a toute sa place en matière d'arbitrage. Car, les parties peuvent donc invoquer les détails de leur accord compromissaire, qui est resté confidentiel et occulté aux tiers, afin de clarifier à l'égard de ceux-ci leur situation juridictionnelle.

459. En somme, il est vrai que lorsque l'on évoque l'opposabilité en matière d'arbitrage, le premier effet qui nous vient à l'esprit est l'effet d'attraction et non les fonctions traditionnelles de l'opposabilité, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il faut faire abstraction de ces fonctionnalités. Ainsi et afin d'améliorer la réception de l'opposabilité en droit de l'arbitrage, nous pensons qu'il est nécessaire de maintenir les rôles traditionnels de l'opposabilité tels qu'envisagés à l'article 1200 du Code civil tout en lui attribuant une nouvelle fonctionnalité, à savoir la fonction attraction. Ce que nous essayerons de démontrer par la suite.

§2 Les améliorations tendant à faciliter la réception

460. Deux propositions sont à mobiliser si l'on devait faciliter l'accueil du principe d'opposabilité en droit processuel de l'arbitrage. D'abord, il est primordial de modérer les critiques qui ont été avancées à propos des fonctions classiques de

⁷²³ Cass. civ., 27 juin 1892, *D.P.*, 1892, I, 379 ; *S.* 1892, I, 447.

l'opposabilité en matière d'arbitrage (A). Ensuite, nous aurons à apporter quelques précisions sur la notion de tiers à l'arbitrage (B).

A. *La réfutation des critiques relatives aux fonctions de l'opposabilité en matière d'arbitrage*

461. En analysant les critiques de M. GOUTAL⁷²⁴ et de M. EL AHDAB⁷²⁵ à propos de l'application des fonctions de l'opposabilité en droit de l'arbitrage, nous sommes arrivés à un constat : la fonction sanction et la finalité probatoire de l'opposabilité ne sont pas dénuées de sens ou dépourvues d'intérêt lorsque la sphère est processuelle. Nous verrons que ces fonctions peuvent, sur un plan théorique, être déployées en matière d'arbitrage. On est donc pour un maintien des fonctions traditionnelles de l'opposabilité (1). Ce maintien n'a en réalité rien d'extraordinaire en raison de la nature contractuelle de la convention d'arbitrage. Cependant, ces fonctions traditionnelles ne sauraient expliquer l'attraction des tiers à l'arbitrage, bien qu'il soit possible de la justifier en partie si l'on s'appuie sur une approche différente. Pour cela, il est nécessaire d'attribuer à l'opposabilité une nouvelle fonction en matière processuelle, à savoir l'opposabilité-attraction (2).

1. Le maintien des fonctions traditionnelles de l'opposabilité en matière d'arbitrage

462. M. SERAGLINI et M. ORTSCHIEDT écrivaient que : « *Dans ce second sens du terme "opposabilité" [sens qui assimile l'opposabilité à l'effet obligatoire], un esprit non averti pourrait croire que, compte tenu de l'effet relatif des conventions, la convention d'arbitrage n'est pas opposable au tiers qui n'y a pas souscrit* »⁷²⁶. Autrement dit, comme nous l'avons déjà mentionné, même si le sens de l'opposabilité en matière arbitrale pourrait être confondu avec celui de l'effet obligatoire — chose que nous réfutons avec conviction — cela ne veut pas dire pour autant que l'opposabilité ne peut remplir ses fonctions traditionnelles en cette matière.

⁷²⁴ V. *supra* n° 451.

⁷²⁵ V. *supra* n° 455.

⁷²⁶ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 200, p. 247.

463. Réellement, si la fonction de l'opposabilité en droit commun contractuel est, d'une part, de sanctionner le comportement fautif d'un tiers en rendant son acte inefficace et inopposable à l'égard des parties, et d'autre part, permettre à ces derniers de s'en prévaloir à titre de preuve. Au plan théorique, cette application se retrouve également en matière d'arbitrage. En effet, appliquée à la matière arbitrale, l'opposabilité de la convention d'arbitrage aux tiers signifierait que les tiers doivent tenir compte de l'existence de la convention d'arbitrage et de ne pas y porter atteinte sans oublier qu'elle peut être invoquée comme mode de preuve. À vrai dire, il n'y a dans ces solutions rien d'extraordinaire, puisque d'une part la clause d'arbitrage est insérée dans le contrat et d'autre part, le devoir de respect qui s'impose aux tiers concerne le contrat en entier et pas seulement une partie des termes qu'il prévoit. Pour tout dire, si l'on analyse les deux fonctions selon une approche différente, que c'est à partir de ces deux fonctions traditionnelles de l'opposabilité qu'émerge la fonction attraction et pourrait même trouver une justification.

464. La convention d'arbitrage, au-delà du fait qu'elle génère une sorte « *d'obligation — droit* » à l'égard des parties dont les tiers doivent en respecter l'existence et s'abstenir d'y porter atteinte, fait partie, lorsqu'elle est prévue comme une clause d'arbitrage, d'un tout contractuel qui impose les mêmes devoirs à l'égard des tiers. Par conséquent, si un tiers entre en conflit avec l'une ou les deux parties et que le litige est né du contrat contenant la clause d'arbitrage, ce conflit ne peut être en principe résolu devant le juge judiciaire, car, d'une part, les parties contractantes ont consenti l'arbitrage et accepté de se soustraire à la justice étatique et, d'autre part, le principe de la bonne administration de la justice impose la réunion de deux procédures parallèles portant sur un même litige⁷²⁷. Dans ce contexte, la clause ne lie pas les tiers, elle leur est opposable et c'est en opposant la clause — référence faite ici à l'opposabilité-sanction — que les tiers sont attirés à l'arbitrage. Cette solution est donc valable pour toutes les situations qui amèneraient un tiers à entrer en conflit avec la(es) partie(s) contractante(s). Dès lors, la sanction revêt une dualité : une sanction « *délictuelle* », qui a pour but d'*évincer* le tiers de toute prétention contractuelle et de lui faire subir les conséquences de ses actes, et une sanction « *procédurale* », qui a pour finalité l'*attraction* du tiers à l'instance arbitrale, à condition toutefois d'admettre que l'attraction du tiers à une procédure arbitrale est une forme de sanction, puisqu'on l'oblige à un choix de justice auquel il n'a pas consenti. On

⁷²⁷ V. ce point en détails : *infra* n° 981 et s.

peut ainsi dire que la sanction en matière d'arbitrage est d'abord l'inclusion du tiers au champ processuel afin de juger, soit de son exclusion de toute prétention contractuelle, lorsqu'il vient en violation des droits et obligations des parties contractantes, d'où l'engagement de sa responsabilité *extracontractuelle*, soit de l'obliger à se conformer aux obligations du contrat principal, lorsqu'il est question de son implication à la réalisation, à l'exécution du contrat.

465. Quant à la fonction probatoire et en complément de ce que nous avons déjà dit à ce propos⁷²⁸, lorsque l'auteur susmentionné dit que « *on ne voit pas pourquoi un tiers utiliserait une convention d'arbitrage, à titre de preuve, et pour prouver quoi* »⁷²⁹. D'abord, nous pensons qu'il n'est pas impossible de voir un tiers, qui s'estime lésé par l'exécution ou l'inexécution d'un contrat contenant une convention d'arbitrage, se prévaloir du contrat pour prouver l'existence d'un préjudice et il se peut même qu'il demande que le litige qui l'oppose aux contractants soit résolu devant le tribunal arbitral⁷³⁰. Ensuite, le fait de se prévaloir du contrat à des fins probatoires n'est pas un droit exclusif aux tiers, car les parties peuvent elles aussi se prévaloir de leur contrat pour apporter la preuve de l'existence d'une clause, notamment d'arbitrage. Et c'est ce qui se passe en réalité lorsqu'un contractant invoque la preuve de l'existence de la convention d'arbitrage pour attirer, par exemple, un sous-traitant⁷³¹ à une instance arbitrale et faire échec à la compétence du juge judiciaire. C'est également le cas des mécanismes dans lesquels le tiers se voit adjoint au rapport contractuel, particulièrement dans le cadre des ensembles contractuels, de groupes de sociétés, etc. On ne peut donc qu'affirmer que la convention d'arbitrage est un moyen de preuve qui peut être invoqué par les tiers à l'égard des parties ou par les parties à l'égard des tiers.

466. Ceci nous amène à l'idée suivante : afin de permettre à ces fonctions de remplir leurs finalités, il est essentiel d'appréhender différemment l'opposabilité en matière d'arbitrage, et ce, en lui prêtant une nouvelle fonction, qui pourrait être par ailleurs valable pour toutes les autres clauses de procédure. Cette nouvelle fonction,

⁷²⁸ V. *supra* n° 450 et s.

⁷²⁹ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 57, p. 75.

⁷³⁰ Il est tout à fait possible pour un tiers non-signataire de la convention d'arbitrage de contraindre un signataire à soumettre le litige à l'arbitrage si le différend que le non-signataire cherche à soumettre est étroitement lié à la convention d'arbitrage. V. par exemple, Tribunal de District US, District Sud de Floride, 21 fév. 2007, *Regent Seven Seas Cruise c./Rolls Royce PLC et al.*, *Yearbook Commercial Arbitration*, 2008, p. 879, cité par Mauro RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrage international : droit et pratique*, t. I, *préf.* Lord MUSTILL et Pierre Mayer, BRUYLIANT, Bruxelles, 2019, n° 7 143, p. 261.

⁷³¹ V. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, n° 10-17708 ; CA Paris, 11 avr. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 1252, *note* TRAIN.

à savoir l'opposabilité-attraction, viendra s'ajouter aux deux fonctionnalités traditionnelles. C'est ce que nous envisagerons par la suite.

2. Proposition d'une nouvelle fonction de l'opposabilité en matière d'arbitrage : « l'opposabilité – attraction »

467. Jean ROBERT disait que : « *En matière de convention d'arbitrage, une pareille règle [opposabilité] est dépourvue de sens. [Elle] n'aurait d'effet à l'égard du tiers que si elle devait conduire à l'attirer à la procédure d'arbitrage* »⁷³². De toute évidence, et nous ne cesserons de le rappeler, lorsque le terme opposabilité est prononcé en matière d'arbitrage, on pense systématiquement à la possibilité pour la convention d'arbitrage d'attirer à son effet processuel une personne qui ne l'a pas signée. Ce n'est donc ni la fonction sanction ni la fonction probatoire qui vient à l'esprit dans une pareille situation. Cela dit, contrairement à ce que pourraient penser certains auteurs de la doctrine qui ont avancé que l'opposabilité en matière d'arbitrage revêt un sens différent de celui qu'on lui donne habituellement en droit commun et désigne précisément l'effet obligatoire, et non pas un simple devoir de respect qui s'impose aux tiers, nous disons qu'il s'agit là d'une nouvelle fonction de l'opposabilité plutôt qu'un dévoiement du principe de la force obligatoire ou celui de l'opposabilité.

468. La nouvelle fonction de l'opposabilité en droit de l'arbitrage a donc deux conséquences. La première permet de ne pas dévoyer les fonctions traditionnelles de l'opposabilité, et la seconde contribue à dépasser la confusion et l'assimilation faussée du principe de l'opposabilité avec celui de la force obligatoire, confusion très diffuse en droit positif.

469. Ainsi, si l'on devait définir cette nouvelle fonction de l'opposabilité en matière d'arbitrage, ce serait l'aptitude d'une convention d'arbitrage à faire ressentir son effet processuel à l'égard des tiers en les attirant à l'instance arbitrale. Le terme « *attraction* » renferme ici une certaine contrainte, car la personne à attirer se verrait conduire devant une juridiction autre que celle qui correspondrait aux critères ordinaires de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Cette attraction, qui

⁷³² Jean ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, avec la collaboration de Bertrand MOREAU, Dalloz, éd. 6^{ème}, 1993, n° 120. L'auteur poursuit en disant que : (...) Or, dans ce cas, il ne s'agirait pas d'opposabilité, mais de donner effet à la convention d'arbitrage à l'égard des tiers ». Sur ce passage, nous ne partageons pas la même analyse, car nous avons démontré que l'opposabilité du contrat à l'égard des tiers et l'effet du contrat déployé à l'égard des tiers sont, pour plusieurs auteurs de la théorie normative du contrat, synonymes.

constitue donc une troisième fonction de l'opposabilité, se produit selon deux mécanismes. Dans le cas des tiers catégorisés parmi les tiers intermédiaires, c'est-à-dire les tiers ayants cause à titre particulier, l'attraction se fait à l'aide des mécanismes *translatifs* à titre particulier ou *attributifs* de droit. Dans le cas des autres tiers, l'attraction se fait par le mécanisme *extensif* de l'effet processuel.

470. Désormais, le principe d'opposabilité en matière d'arbitrage sera compris selon le schéma suivant. D'abord, l'opposabilité implique une conséquence dite classique, c'est-à-dire une conséquence qui force les tiers à reconnaître l'existence du contrat principal, et de la convention d'arbitrage qui y est insérée, en tant qu'ordre juridique. De cette première conséquence, qui est le devoir général de respect qui s'impose aux tiers, on en déduit une double fonction. Une fonction sanction mobilisable lorsque le devoir de respect est atteint, et une fonction probatoire puisque le contrat, et les termes qu'il contient, constitue une source d'information importante pour les parties et les tiers dont ils peuvent puiser les renseignements nécessaires pour apporter la preuve d'une situation juridique, notamment du nouvel ordre juridictionnel créé par la convention d'arbitrage. Ensuite, de la fonction sanction de l'opposabilité, qui intervient pour décider si un tiers doit ou pas engager sa responsabilité délictuelle à l'égard de la victime du dommage, se profile la fonction attraction qui est un préalable à la fonction sanction, car c'est cette fonction attraction qui permettra d'identifier la juridiction compétente pour prononcer la sanction délictuelle.

471. Par ailleurs, pour bien appréhender la fonction attraction de l'opposabilité, il est important de clarifier la notion de tiers à l'arbitrage. L'idée centrale de nos prochains développements consiste à rappeler qu'il ne s'agit pas de dire que le tiers devient *obligé* par la force obligatoire, alors qu'il n'a pas consenti ou été signataire de la convention d'arbitrage, mais de soutenir que le tiers à la convention d'arbitrage devient, dans certaines conditions, une partie à l'instance. C'est donc l'opposabilité et non la force obligatoire qui permet au tiers d'être partie à l'instance, après avoir été tiers à la signature de la convention d'arbitrage. Ainsi, lorsque les contractants de la convention d'arbitrage se retrouvent demandeurs dans une instance arbitrale, appelant donc à la défense un tiers, c'est tout naturellement la force obligatoire qui leur permet d'être parties à l'instance, tandis que c'est l'opposabilité qui permet au tiers d'être partie défenderesse à cette même instance. C'est ce que nous nous apprêtons à examiner attentivement.

B. *Précisions sur la notion de « tiers à l'arbitrage, partie à l'instance »*

472. Être *partie* à la convention d'arbitrage et être *partie* à l'instance arbitrale sont deux qualités distinctes. Les personnes contractantes de la convention d'arbitrage sont en principe des parties à la convention et, en cas de litige, des parties à l'instance arbitrale. Le tiers ne peut se voir endosser la qualité de partie qu'à l'ouverture de l'instance et ne peut être considéré comme partie à la convention d'arbitrage, car il ne l'a pas consentie au stade de la formation. Il ressort de cette distinction que les parties à la convention d'arbitrage sont automatiquement des parties à l'instance arbitrale⁷³³, alors que les parties à l'instance ne sont pas forcément celles qui ont conclu l'accord compromissoire (1). Ajoutons que certains tiers peuvent devenir partie à l'instance, mais qu'après avoir vu leur statut évoluer vers celui de partie à la convention d'arbitrage, car la qualité de tiers à l'acte juridique n'est pas figée. Dans le cas d'une clause compromissoire, un tiers peut, à raison de certains mécanismes, endosser la qualité de partie au contrat contenant la clause. Ce dernier sera donc lié par l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage au même titre que le contractant originel. Nous pensons aux tiers ayants cause universels ou à titre universel à la suite d'une transmission totale ou partielle du patrimoine ou suite à une cession de contrat. L'examen des sujets de l'opposabilité ne concernera donc pas cette catégorie de tiers, mais concernera spécifiquement les tiers qui se sont maintenus en dehors du cercle conventionnel de l'arbitrage et les tiers qui n'ont pas acquis totalement la qualité de partie à la convention d'arbitrage — cas d'ayant cause à titre particulier —. C'est la raison pour laquelle nous proposons d'exclure certains tiers de la notion de « *tiers devenant partie à l'accord compromissoire, partie à l'instance arbitrale* », qui ne sont plus les sujets de l'opposabilité, mais de la force obligatoire (2).

⁷³³ À moins que l'une des parties contractantes soit devenue, au stade de l'exécution, tierce au contrat et à la clause d'arbitrage après une transmission totale ou partielle du patrimoine ou après une cession de contrat. En revanche, en cas de cession de créance, il se peut que le cédant reste tenu par certaines obligations et peut se voir donc attiré à la convention d'arbitrage.

1. Précisions sur la notion de partie à la convention d'arbitrage et partie à l'instance arbitrale

473. On distinguera ici la notion de « *parties immédiates* », à savoir les parties signataires de la convention d'arbitrage et ayant tout naturellement vocation à devenir parties à l'instance arbitrale (a), de la notion de « *parties médiatees* »⁷³⁴, c'est-à-dire les personnes qui sont tierces à la convention et non-signataires de celle-ci, mais deviennent indirectement des parties à l'instance arbitrale (b).

a. Les « *parties immédiates* »

474. Les parties immédiates, ou contractants immédiats, sont celles qui ont consenti de façon directe et immédiate à la convention d'arbitrage, lors de conclusion du contrat principal, pour la clause d'arbitrage, ou du compromis, lorsque le litige est déjà né. Autrement dit, il s'agit des parties contractantes ou plus communément connues sous le terme de « *parties signataires* »⁷³⁵. La nature conventionnelle de l'arbitrage suppose que seules les personnes qui ont consenti à la convention d'arbitrage endossent logiquement la qualité de parties, force obligatoire des conventions oblige, contrairement aux tiers qui deviennent des parties médiatees à l'instance arbitrale, c'est-à-dire de façon indirecte, où le consentement est mis au second plan afin d'assurer l'efficacité du processus arbitral⁷³⁶. Sur ce dernier point, une auteure disait en effet que : « [le] phénomène d'attraction vers l'instance arbitrale permet de répondre à certains impératifs, au détriment d'une certaine cohérence juridique, au regard des principes issus du droit de l'arbitrage, au premier rang duquel figurent le consentement à l'arbitrage »⁷³⁷.

⁷³⁴ Le terme exact utilisé par Bruno Oppetit est celui de « *contractants médiatees* », c'est-à-dire des personnes, qui se trouvent liées d'une manière ou d'une autre à l'opération contractuelle qui entre dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. V. en ce sens : Éric LOQUIN, « *Différences et convergences ...* », *op. cit.*, n° 4. Bien entendu, nous ne retenons pas le terme « *contractant* », car le tiers n'a pas donné son consentement à la clause au stade de sa conclusion et il n'est pas considéré comme un contractant au stade de l'instance, c'est-à-dire au stade où il est attiré à l'arbitrage.

⁷³⁵ Terme qui est utilisé et que nous utiliserons par défaut, bien qu'il soit fortement critiqué par certains auteurs de la doctrine, et ce, en raison du fait que l'exigence d'un écrit n'est pas une nécessité en matière d'arbitrage international et que la signature ne signifie pas forcément que le signataire a manifesté sa volonté d'être lié par l'arbitrage — cas de la représentation parfaite —. V. en ce sens : Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 60 et s., p. 78 et s. ; Smahane AKHOUAD, *op. cit.*, n° 511, p. 487.

⁷³⁶ On pense ici particulièrement au consentement qui est acquis selon l'article 2061 du Code civil, c'est-à-dire dans le cas où les tiers se voient transmettre un droit.

⁷³⁷ Smahane AKHOUAD, *op. cit.*, n° 511, p. 488.

475. En outre, dans un sens juridique, la notion de partie ne couvre pas seulement les personnes qui participent à la conclusion d'un acte juridique, mais aussi celles qui sont en contestation dans un procès⁷³⁸, toute personne ayant endossé la qualité de partie à la convention d'arbitrage signifie forcément qu'elle aura la qualité de partie à l'instance arbitrale de façon automatique, à l'exception, bien évidemment, du contractant immédiat qui voit sa qualité évoluer, durant la vie du contrat, vers celle de tiers en opérant une transmission de ses droits et obligations selon un des mécanismes translatifs que nous avons déjà mentionnés et exclus du champ de l'étude de l'opposabilité - cession de contrat, transmission totale ou partielle du patrimoine, fusion ou absorption de sociétés —.

476. Cependant, le caractère mutable de la qualité de partie immédiate à la clause d'arbitrage⁷³⁹ commande à ce que la notion de partie soit définie au stade de la formation du contrat principal, mais aussi au stade de l'introduction de l'instance arbitrale⁷⁴⁰. D'ailleurs, la possibilité pour une partie à la clause de devenir tierce à celle-ci et l'existence de la notion de « *parties médiate* », c'est-à-dire la situation juridique dans laquelle une personne tierce à la clause compromissoire devient partie à l'instance, témoigne de cette mutabilité. Ainsi, la notion de partie à l'instance doit être examinée non pas en fonction de l'identification des personnes ayant ou non la qualité de partie à la formation de la clause compromissoire, mais en fonction de la détermination de celles ayant vocation à disposer de cette qualité au début de l'instance. Ce qui est évident puisque c'est à la naissance du litige que la clause d'arbitrage déploie son effet processuel. Ce constat ne peut toutefois s'appliquer au compromis d'arbitrage où les parties à sa conclusion sont les mêmes à l'instance, étant donné que le litige et les antagonistes sont déjà connus.

477. Tout cela pour dire qu'une personne investie de la qualité de partie à l'accord compromissoire ne laisse pas augurer le fait qu'elle aura forcément vocation à être partie à l'instance. De la même façon, être tiers à l'arbitrage ne peut prédire que ce dernier ne pourra jamais être une partie à l'instance arbitrale. C'est ce que l'on observe d'ailleurs dans le cas des tiers qui deviennent dès le début de l'instance des « *parties médiate* ».

⁷³⁸ V. en ce sens : Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 741, v. Partie.

⁷³⁹ Sur le caractère mutable de la notion de partie à la convention d'arbitrage, Flour et Aubert disaient en ce sens que : « *Le cas des ayants cause universels souligne que l'opposition tranchée des parties et les tiers au temps de la formation du contrat a vocation à être remise en cause au plan de l'exécution de celui-ci. La situation de chacun — partie ou tiers — à la conclusion du contrat est évolutive : elle peut se modifier du tout au tout dans le cours de la vie du contrat* », in, Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, *Les obligations, op.cit.*, n° 447, p. 329.

⁷⁴⁰ Smahane AKHOUAD, *op. cit.*, n° 17, p. 33.

b. Les « parties médiates »

478. Par opposition aux parties immédiates, les parties médiates sont les personnes qui, même si elles n'ont pas pris part à la conclusion de la convention d'arbitrage, peuvent acquérir la qualité de partie à l'instance arbitrale. La raison en est simple : la notion de partie à la convention d'arbitrage et à l'instance est susceptible d'évolution et de changement puisqu'en matière d'arbitrage la notion de partie ne se réduit pas seulement à la conclusion de l'arbitrage, mais concerne aussi les acteurs de l'instance arbitrale. Mais en réalité, c'est au stade de l'ouverture de l'instance que la notion de partie à l'arbitrage prend véritablement son sens, car c'est à cette phase que l'on identifie les parties définitives à la convention d'arbitrage et que l'on commence à identifier les parties à l'instance. Autrement dit, à l'ouverture de la procédure, les parties à l'instance sont généralement les parties à la convention d'arbitrage — identifiées dès l'ouverture du procès, car cette phase marque selon nous la fin de l'évolution de la notion de partie à la convention d'arbitrage — et les personnes qui, à la suite de la mobilisation de l'un des mécanismes de l'opposabilité — mécanismes de circulation ou d'extension —, se retrouvent attirées à la procédure endossant donc la qualité de partie à l'instance.

479. Nous rejetons l'idée selon laquelle un tiers à la convention d'arbitrage qui devient partie à l'instance, ne le devient pas, comme le laisse entendre une auteure citée, par « étirement artificiel de la notion de partie à la convention d'arbitrage »⁷⁴¹. Lorsqu'un tiers au rapport compromissaire acquiert la qualité de partie à l'instance arbitrale, suivant le mécanisme extensif par exemple, il reste malgré tout tiers à la convention d'arbitrage, car son consentement n'a pas concouru à la formation du contrat et à la clause qui y est insérée.

480. Un point mérite d'être soulevé. La catégorie de « parties médiates » ne regroupe, aux dires de certains auteurs, qu'une seule typologie de tiers, à savoir les tiers étrangers au contrat, mais pas aux contractants⁷⁴². OPPETIT disait en ce sens que : « entre les parties, les ayants cause et les tiers absolus, tend à s'imposer aujourd'hui une insistance une catégorie nouvelle : celle des "contractants médias", très présente dans toutes

⁷⁴¹ *Ibid.*, n° 516, p. 491.

⁷⁴² V. Xiao-Ying LI, *La transmission et l'extension de la clause compromissaire dans l'arbitrage international*, op. cit., n° 5, p. 4 et s.

les figures modernes d'ensembles économiques pluricontractuels »⁷⁴³. Les tiers dont OPPETIT fait référence sont plus précisément « les personnes, sans être à proprement parler parties à une convention d'arbitrage, qui se trouvent liées d'une manière ou d'une autre, à l'opération (groupe de contrats), à la personne ou à la structure (groupe de personnes) entrant directement dans le champ de ladite clause. Nous les rencontrons en particulier en présence de groupes de personnes ou de contrats »⁷⁴⁴.

481. Si l'on entend par « *partie médiate* » une personne qui est tierce à la convention, mais devient de manière indirecte ou par intermédiaire partie à l'instance arbitrale, les tiers qui seraient concernés par cette terminologie peuvent être divers. En effet, le mécanisme d'extension qui permet aux tiers appartenant à un groupement de contrats ou de sociétés — tiers au contrat, mais proches des contractants — d'être des parties à l'instance de façon médiate, permet de la même façon aux tiers *penitus extranei*, ne faisant pas partie de ces groupements, d'être attiré à l'instance. Sous la catégorie de « *partie médiate* », nous intégrerons aussi les tiers ayants cause à titre particulier. Bien que les mécanismes translatifs à titre particulier apparaissent comme des moyens permettant le transfert aux tiers de la qualité de « *partie immédiate* » à la clause d'arbitrage, parce que ces derniers reçoivent des droits substantiels auxquels est attachée la clause d'arbitrage, il n'en demeure pas moins que les ayants cause à titre particulier, qui rappelons le, ne reçoivent pas la totalité des droits et obligations suite à une cession de contrat, acquièrent certes des droits d'une des parties, mais restent tout de même tiers au contrat à l'origine de ces droits. Ainsi, quand on évoquera la notion de « *parties médiates* », on se situera d'abord au stade de la procédure et on visera les tiers suivants : tous les tiers qui sont à attirer à l'instance suivant le mécanisme extensif de la convention d'arbitrage qu'ils soient *penitus extraneus* ou proches du cercle contractuel ; les tiers ayants cause à titre particulier et les tiers additionnés à un rapport de droit. Seront en revanche exclus de la catégorie de « *parties médiates* » les tiers qui deviennent des parties à la convention en acquérant la position contractuelle du contractant originel. C'est ce que nous verrons dans les développements à venir.

2. Exclusion de certains tiers de la notion de « *parties médiates* »

⁷⁴³ Bruno OPPETIT, « *L'arbitrage et les tiers* », *op. cit.*, p. 553.

⁷⁴⁴ Xiao -Ying LI, *op. cit.*, n° 7, p. 6 et s.

482. Sont sujets de l'opposabilité et peuvent faire partie de la notion de « *parties médiate*s », au surplus des tiers *penitus extranei* et des tiers proches des contractants, les tiers intermédiaires ou plus précisément les ayants cause. Ces derniers sont définis de manière générale comme « *les sujets de droit qui reçoivent des droits déjà nés et qui leur sont transmis en l'état* »⁷⁴⁵. Toutefois, ce n'est pas tous les ayants cause qui sont en mesure d'être sujets de l'opposabilité. Certains en seront exclus. Mais avant de circonscrire les sujets de l'opposabilité en matière de transmission, faut-il rappeler les différentes typologies d'ayants cause.

483. En effet, si l'on reprend la classification des ayants cause, la difficulté relativement à l'identification des sujets de l'opposabilité, n'est en réalité que partielle. Cette catégorie renferme d'abord les ayants cause universels ou à titre universel. Ces derniers ont vocation à l'universalité ou à une quote-part de cette universalité, c'est-à-dire qu'ils bénéficient d'une transmission de la totalité ou d'une partie du patrimoine. Les ayants cause universels ou à titre universel succèdent ainsi de plein droit au patrimoine de son auteur et continuent sa personne, puisqu'à la disparition du *de cuius* le patrimoine de ce dernier disparaît pour être absorbé par le patrimoine de l'ayant cause tout en continuant les contrats conclus par leur auteur dès lors qu'ils n'ont pas épuisé leurs effets⁷⁴⁶. M. DESHAYES exprime très justement cette idée en disant : « *Le patrimoine pouvant être considéré comme l'expression patrimoniale de la capacité d'une personne à devenir sujet de droits et d'obligations, ceux qui succèdent au patrimoine succèdent à la personne : ils poursuivent la personne* »⁷⁴⁷. Dans le même sens, M. DELMAS SAINT-HILAIRE explique que par l'effet de la succession, le tiers devient une partie au contrat : « *En réalité, il ne s'agit là que de tiers bénéficiant au décès de leur auteur d'une transmission légale de la situation contractuelle existante ; en somme, la loi ne rend pas les ayants cause universels ou à titre universel parties à la conclusion d'un contrat qu'ils n'ont pas souscrit, mais simplement leur permet de devenir parties à une situation contractuelle existante en vertu d'un mécanisme de transmission* »⁷⁴⁸. Cette qualité invite donc à assimiler les ayants cause universels ou à titre universel aux *parties immédiates* et non aux tiers. Ils ne peuvent donc être les sujets de l'opposabilité, mais de la force obligatoire.

⁷⁴⁵ *Id.*

⁷⁴⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, éd. 10^{ème}, Dalloz, 2009, n° 488.

⁷⁴⁷ Olivier DESHAYES, *op. cit.*, n° 93, p. 89.

⁷⁴⁸ Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 26 ; cette explication de la transmission objective de la convention d'arbitrage trouve un fondement textuel tiré de l'article 724 du Code civil : « *Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt* ».

484. Seulement voilà, à la transmission des titres particuliers, la qualité d'ayant cause devient de plus en plus complexe à identifier. Notons que l'ayant cause à titre particulier acquiert de son auteur uniquement « *un ou plusieurs droits déterminés, auxquels sont transmises les créances relatives au bien acquis, mais non les obligations — sauf exception légale —* »⁷⁴⁹. En principe, n'étant pas partie au contrat conclu par son auteur, l'ayant cause à titre particulier y demeure tiers. Il ne devient donc ni créancier ni débiteur à la place de son auteur. En d'autres termes, le titre de l'ayant cause à titre particulier ne lui permet pas de prétendre à la qualité de *continueur de la personne de son auteur*⁷⁵⁰, car, d'un côté, lorsqu'un ou plusieurs droits sont transférés d'un patrimoine à l'autre, cela n'empêche pas que l'auteur reste titulaire de son patrimoine. De l'autre côté, le droit français n'admet pas que l'ayant cause à titre particulier soit tenu de plein droit des obligations de son auteur⁷⁵¹. Ainsi, le contrat conclu par son auteur est opposable à l'ayant cause à titre particulier comme à toute autre personne.

485. Cependant, comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, l'ayant cause à titre particulier n'est pas un *véritable tiers*⁷⁵². Un auteur souligne que : « *contrairement à l'ayant cause universel qui est toujours et en tout assimilé à son auteur, l'ayant cause particulier n'est donc "partie" qu'occasionnellement et pour certaines obligations seulement. [II] n'est donc pas tout à fait un tiers, mais le serait tout de même plus qu'un ayant cause universel : car il n'a pas vocation à recevoir toutes les obligations de son auteur* »⁷⁵³. Par conséquent, la qualité qui lui est reconnue est tout au plus une *qualité intermédiaire*⁷⁵⁴

⁷⁴⁹ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 116, v. *ayant cause*.

⁷⁵⁰ Olivier DESHAYES, *op. cit.*, n° 94, p. 90 ; Christian LARROUMET et Sarah BROS, *op. cit.*, n° 780, p. 860.

⁷⁵¹ La solution a été affirmée très tôt par la jurisprudence, v. en ce sens, Cass. civ., 18 déc. 1844, *DP* 1845, I, 15, mais la décision la plus célèbre est celle qui a été rendue par la Cour de Cass. civ., 15 janv. 1918, *DP* 1918, I, 17 dans laquelle on peut lire : « *Le successeur ou ayant cause à titre particulier n'est pas de plein droit, et comme tel, directement tenu des obligations personnelles de son auteur ; que ce principe s'applique même aux conventions que ce dernier aurait passées par rapport à la chose formant l'objet de la transmission, à moins qu'elles n'aient eu pour effet de restreindre ou de modifier le droit transmis* » ; v. dans le même sens, Req., 16 juill. 1889, *DP* 1890, I, 40 ; Cass. civ., 6 juin 1966, *D.* 1966, j. 481, *note* VOULET ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 juill. 1970, *Bull. civ. III*, 1970, n° 471 ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 nov. 1988, *D.* 1989, j. 157, *note* MALAURIE ; Cass. com., 1^{er} avril 1997, n° 94-17178. En sens contraire, v. Cass. civ. 3^{ème}, 9 juill. 2003, *Bull. civ. III*, 2003, n° 145.

⁷⁵² V. *supra* n° 186.

⁷⁵³ Olivier DESHAYES, *op. cit.*, n° 95, p. 91.

⁷⁵⁴ V. par exemple : Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, éd. 22^{ème}, coll. Thémis droit privé, PUF, 2000, n° 115 : « *La séparation sommaire des parties et des tiers ne suffit pas (...) à rendre raison du droit positif : (...) entre les deux, l'analyse a fait apparaître une catégorie moins aisément saisissable, les ayant cause, qui ne sont point parties, mais ne sont pas non plus tiers véritables, parce qu'ils tirent leurs droits des droits d'une partie* » ; Charles et Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français : le contrat et les obligations*, éd. 2^{ème}, 1953, n° 953 ; Jean-Henri DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, « *La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur* », *RTDC* 1944, p. 219.

ou de *tiers hybride*⁷⁵⁵, c'est-à-dire entre partie et tiers, voire même entre ayant cause universel ou à titre universel et tiers.

486. Cela dit, la qualité de « *tiers hybride* » attribuée à l'ayant cause à titre particulier, signifie que ce dernier peut, dans certains cas, prétendre à *la qualité de partie*⁷⁵⁶ et dans d'autres à *la qualité de tiers*. Parmi les hypothèses où il peut prétendre à la qualité de partie se trouve celle où l'ayant cause à titre particulier reçoit de *plein droit* les contrats générant *des droits et obligations réels relatifs* à un bien. L'ayant cause à titre particulier sera donc lié de plein droit par ces contrats lors de la transmission du bien. Ainsi, lorsqu'une personne acquiert la propriété d'un immeuble, elle reçoit aussi bien les droits qui ont été concédés sur le bien que les obligations réelles qui grèvent ce bien, à savoir les sûretés réelles, droit de passage, servitude, etc.

487. Autre illustration, l'ayant cause à titre particulier devient également partie au contrat lorsqu'il recueille les droits et les obligations à la suite d'une cession de contrat. En effet, au sens de l'article 1216 du Code civil : « *Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé* ». Dans cette hypothèse, il s'agit d'assurer à l'ayant cause les droits dérivant du contrat, mais aussi de faire peser sur lui les obligations corrélatives sans que pour autant l'auteur soit déchargé⁷⁵⁷. Le tiers cessionnaire devient donc une partie au contrat de cession, et abandonne sa qualité de tiers, et ce, en raison de l'effet de la « *cession de la position contractuelle* »⁷⁵⁸. À l'inverse, l'ayant cause à titre particulier garde sa qualité de tiers lorsqu'aucune obligation ne lui a été transmise. AUSSEL illustre parfaitement ces points en disant que : « *L'ayant cause à titre particulier conserve la plupart du temps sa qualité de tiers à l'effet obligatoire des conventions passées par son auteur. Pour les contrats qui ont été conclus à l'occasion du bien transmis, l'ayant cause sera tantôt un tiers, tantôt passera dans le camp des parties : il est tiers vis-à-vis des obligations relatives au bien qu'il a acquis, qui ne lui sont pas transmises de plein droit ; il n'est plus tiers*

⁷⁵⁵ Jacques GHESTIN, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. 1^{ère}, Lamy PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, p. 1483, v. Tiers : « *Toutes les personnes qui ne sont pas des parties sont des tiers, de telle sorte que les prétendus hybrides ne peuvent être qu'une variété particulière de tiers* ».

⁷⁵⁶ Certains auteurs préfèrent parler de « *rapport étroit* » au lieu de « *partie* » et « *d'opposabilité renforcée* » à la place de « *de force obligatoire* » lorsque l'ayant cause à titre particulier reçoit les droits réels et les obligations réelles relatives à un bien. V. en ce sens : François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 499, p. 556 et s.

⁷⁵⁷ V. par exemple l'article 1601-4 al. 1 du Code civil qui énonce que : « *La cession par l'acquéreur des droits qu'il tient d'une vente d'immeuble à construire, substitue de plein droit le cessionnaire dans les obligations de l'acquéreur envers le vendeur* ». Ou encore l'article 1831-3 al. 1 : « *Si, avant l'achèvement du programme, le maître de l'ouvrage cède les droits qu'il a sur celui-ci, le cessionnaire lui est substitué de plein droit, activement et passivement, dans l'ensemble du contrat. Le cédant est garant de l'exécution des obligations mises à la charge du maître de l'ouvrage par le contrat cédé* ».

⁷⁵⁸ Laurent AYNÈS, « *Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé* », D. 1998, p. 25 et s., n° 12.

vis-à-vis de toutes les créances relatives au bien qui lui sont dévolues de plein droit en vertu de l'article 1122 »⁷⁵⁹.

488. Pour toutes les raisons que l'on vient de présenter, il serait nécessaire de parvenir à un compromis sur la qualité de l'ayant cause à titre particulier qui se révèle, de toute manière, particulièrement délicate à définir et à préciser. Ce compromis consiste à écarter du domaine de l'opposabilité tous les mécanismes justifiant d'une transmission des droits et obligations, car les ayants cause recueillant ces droits et obligations deviennent les sujets de la force obligatoire et non l'opposabilité. De ce fait, sont à exclure du domaine de l'opposabilité, outre les ayants cause universels ou à titre universel, les ayants cause à titre particulier qui recueillent droits et obligations après une cession de contrat ou après l'une de ses différentes déclinaisons⁷⁶⁰, et les ayants cause qui recueillent les contrats constitutifs de droits réels et d'obligations réelles. En revanche, nous retenons tous les autres mécanismes qui ne permettent pas une transmission de plein droit des droits et obligations à l'ayant cause à titre particulier, à l'instar des mécanismes de cession de créances, subrogation ou dans le cas particulier des chaînes de contrats translatifs de propriété.

489. Par ailleurs, ce travail de délimitation est confirmé par l'étude de la jurisprudence. En effet, qu'elle soit civile ou arbitrale, celle-ci admet, par exemple, que dans le cadre d'une substitution de personne physique pour cause de décès : « Une convention d'arbitrage n'est pas valable entre les parties seulement, mais s'impose également à leurs successeurs universels »⁷⁶¹. Cette position est partagée par d'autres systèmes juridiques. En droit suisse, les successeurs à titre universel sont indiscutablement liés par la force obligatoire de la convention d'arbitrage, à moins qu'il s'agisse d'une créance indissolublement liée à la personne du *de cuius*. La jurisprudence suisse a poussé le raisonnement en considérant que la succession à titre universel n'est pas considérée comme « un changement de partie à l'arbitrage »⁷⁶². Même

⁷⁵⁹ Jean Marie AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, thèse de doctorat, droit, préf. Émile BECQUÉ, Montpellier, 1952, n° 43, p. 58.

⁷⁶⁰ Est assimilée à une cession de contrat : la cession de droits sociaux (V. en ce sens : Sandie LACROIX-DE SOUSA, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, thèse de doctorat, droit, préf. Marie-Élodie ANCEL, L.G.D.J, 2011) ; de bail commercial ; de crédit-bail immobilier ou de *lease-back* (V. en ce sens : Gilbert PARLEANI, « Le contrat de *lease-back* », *RTD com.*, 1973, p. 699), ou encore de cession de contrat de location-gérance, etc. Dans tous ces cas de figure, on a admis la transmission objective de la convention d'arbitrage au cessionnaire. Ce dernier est toujours considéré comme étant une partie à ces contrats et non un tiers. En ce qui concerne la cession des droits sociaux, v. par exemple : CA Paris, pôle 1, Ch.1, 17 mars 2011, (*M. J. C. de Clerck c/S.A.S GEF*), *Rev. arb.*, 2011, p. 491, note BARBET ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2012, n° 10-20797, (*Bartin c/Société JAB et Véolia Propreté*). Pour l'opération de cession de crédit-bail immobilier ou de *lease-back*, v. par exemple : Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-21888.

⁷⁶¹ Sentence CCI n° 2626/1977, *JDI* 1978, p. 980, obs. DERAÏNS.

⁷⁶² Arrêt du tribunal fédéral suisse, 5 mai 1976, (*Sté des Grands de Marseille c./Rép. Pop. du Bangladesh*), *RDS* 1978, I, p. 529.

constat du côté de la jurisprudence allemande⁷⁶³ ou encore anglaise. Cette dernière jurisprudence a retenu par exemple dans une affaire que : « *Le décès d'une partie ne libère pas une convention d'arbitrage, mais le cas échéant, il est exécutoire par ou contre le représentant personnel du défunt* »⁷⁶⁴.

490. En matière de transmission universelle du patrimoine social, la solution est identique⁷⁶⁵. Il en est ainsi en cas d'opérations de concentration, soit par transmission de la totalité du patrimoine à travers l'opération de fusion-absorption⁷⁶⁶, ou par la transmission fractionnée du patrimoine par scission⁷⁶⁷, par apport partiel d'actif⁷⁶⁸ ou dans une opération de fiducie⁷⁶⁹.

Conclusion de la section I

⁷⁶³ BGH, 28 mai 1979, NJW 1979, p. 2567 : « *La convention d'arbitrage contenue dans les statuts d'une GmbH lie les héritiers à titre universel et à titre particuliers de parts de cette GmbH* », cité par Jalal EL-AHBAD, *op. cit.*, sous note n° 301, p. 314.

⁷⁶⁴ V. « *RUSSEL on the Law of Arbitration* », 20th ed. by A. WALTON, STEVENS and son, London, 1982, p. 169 : « *an arbitration agreement shall not be discharged by the death of any party* » ; article 40 du « *The Arbitration and Conciliation Act, 1996* » ; admis également au Pakistan, Sultana de Brunei, Hong-kong, et aux îles Fidji.

⁷⁶⁵ En effet, Si, le *de cuius* est substitué dans ses droits et obligations par son héritier, les êtres moraux sont en quelque sorte à l'image de leur créateur : naissent, vivent, et meurent : un anthropomorphisme sans complexe. Les deux êtres, dit-on et pour leur besoin naturel, se regroupent, se concentrent et se réunissent pour mieux évoluer.

⁷⁶⁶ V. en ce sens : CA Paris, 13 juin 1963, *Rev. arb.*, 1964, p. 125, (3^{ème} espèce).

⁷⁶⁷ Au terme de l'article L. 236-20 du Code de commerce : « *Les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des obligataires et des créanciers non-obligataires de la société scindée, au lieu et place de celle-ci sans que cette substitution emporte novation à leur égard* ». Mais cette solidarité n'est que supplétive puisque que l'article L. 236-21, alinéa 1 du même Code, dispose que : « (...) *par dérogation aux dispositions de l'article L 236-20, il peut être stipulé que les sociétés bénéficiaires de la scission ne seront tenues que de la partie du passif de la société scindée mise à la charge respective et sans solidarité entre elles* (...) ».

⁷⁶⁸ L'apport partiel d'actif opère une transmission universelle du patrimoine pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport avec maintien de la personnalité juridique de la société apporteuse. Il y a donc apport d'un ensemble d'actifs et du passif sans dissolution de la société apporteuse. Il est certain qu'une telle situation se dévoile antinomique avec la théorie classique du patrimoine qui n'approuve la transmission d'universalité qu'après décès de la personne physique ou dissolution de la personne morale. M. Ronan RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des sociétés morales*, thèse de doctorat, droit, préf. Florence DEBOISSY, Dalloz, 2009, p. 181, explique qu'« *Il est possible de remédier à ces insuffisances par la mise en œuvre des notions d'universalité et d'affectation. Il faut en effet considérer que l'apport partiel d'actif a pour objet l'apport d'une universalité et non d'un patrimoine et que cet apport s'explique par la modification partielle de l'affectation réalisée par les associés de la société apporteuse* (...) ». V. également : Yves GUYON, *op. cit.*, n° 638 : « *L'apport partiel d'actif opère une transmission à titre universel englobant à la fois des meubles et des immeubles, un actif et un passif* » ; la jurisprudence a également posé le principe de l'application de la transmission universelle à l'apport partiel d'actif et donc la continuation de la société apporteuse : Cass. com., 16 fév. 1988, n° 86-19.645, (*Banque antillaise*) ; Cass. com., 5 mars 1991, n° 88-19.629, (*SA Coignet c/Burgaud et autres*) ; Cass. soc., 18 juin 2014, n° 12-29.691, Lexbase, 2014, note SAINTOURENS : « *L'apport partiel d'actif emporte, lorsqu'il est placé sous le régime des scissions, transmission universelle de la société apporteuse à la société bénéficiaire de tous les biens, droits et obligations dépendant de la branche d'activité qui fait l'objet de l'apport* ».

⁷⁶⁹ L'article 2011 du code civil stipule que « *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Cornu résumait l'opération en ces quelques mots : « *un mécanisme d'aliénation fiduciaire à charge de rétrocession* ». Cette définition met en perspective deux conditions majeures. La première est l'aliénation fiduciaire qui impose une transmission. La seconde est la charge de rétrocession à une date déterminée.

491. Après avoir étudié les principaux obstacles qui sont souvent présentés comme troublant la réception du principe de l'opposabilité en matière d'arbitrage, comme les ambiguïtés terminologiques relatives à l'utilisation fluctuante des termes « opposabilité » et « force obligatoire » pour désigner le même effet — l'effet d'attraction des tiers — ; les imprécisions théoriques que nous avons relevées à propos de la qualification juridique de la convention d'arbitrage, ou encore l'inadaptation en matière d'arbitrage des applications classiques de l'opposabilité, à savoir le non-sens en matière d'arbitrage de la fonction probatoire et de la fonction sanction de l'opposabilité, on s'est finalement rendu compte que ces obstacles ne sont en réalité qu'apparents et qu'avec une lecture différente on arriverait facilement les dépasser.

492. En effet, il était important, pour faciliter la réception de l'opposabilité en droit de l'arbitrage, que certains paramètres soient ajustés et certaines critiques relativisées. C'est ainsi qu'il a fallu relativiser les critiques qui ont été avancées au sujet des fonctions traditionnelles de l'opposabilité et leur applicabilité en matière d'arbitrage. Nous avons essayé de démontrer que le maintien des deux fonctionnalités de l'opposabilité du droit commun en matière d'arbitrage avait tout son sens, et était même nécessaire pour ne pas dénaturer le caractère contractuel de la convention d'arbitrage. Mais afin d'éviter tout amalgame, nous avons proposé une troisième fonction, à savoir la fonction d'attraction. Cette fonction, qui a pour cible d'attirer une tierce personne non-signataire à l'arbitrage, intervient chronologiquement en amont de la fonction sanction.

493. Enfin, pour bien dissocier entre les principes de l'opposabilité et de la force obligatoire, une analyse de la notion de « *partie à la convention d'arbitrage* » et « *partie à l'instance arbitrale* » s'imposait inexorablement. De la distinction entre ces deux notions, est ressortie une subtilité. Les « *parties immédiates* » à la convention d'arbitrage, c'est-à-dire les parties contractantes ou signataires, sont généralement des parties liées par la force obligatoire et sont également, si leur qualité de partie n'évolue pas, les premières à participer à l'instance. Quant à la notion de « *parties médiatees* », sont concernées ici les parties qui n'ont été ni signataires ni contractantes de la convention d'arbitrage, mais qui pourraient, suivant certains mécanismes, participer à l'instance et devenir ainsi des parties à celle-ci.

494. Par ailleurs, la distinction entre les deux notions a permis d'identifier les catégories de tiers qui sont sujets de l'opposabilité et susceptibles de devenir des

« *parties médiate*s ». Appartiennent donc à cette catégorie : les tiers *penitus extranei*, les tiers qui seraient proches du cercle contractuel — exemple des tiers se retrouvant dans un groupement de contrats ou de sociétés —, et les tiers ayant cause à titre particulier qui ne recueillent pas les droits et obligations.

SECTION II : UNE RÉCEPTION EN SUBSTANCE FACILITÉ ET JUSTIFIÉE

495. Une réception naturelle. Comme toute convention, la clause d'arbitrage légalement formée se voit conférer force obligatoire entre les parties et opposabilité à l'égard des tiers. Ces deux effets se justifient par les caractéristiques de la convention d'arbitrage. Pourtant, dire que la clause d'arbitrage est transmise en tant qu'accessoire et admettre ensuite qu'elle est autonome, ou encore soutenir qu'elle doit être consentie et acceptée, alors qu'une simple connaissance de son existence permet parfois son rayonnement, relève des aspects antinomiques qui, à première vue, peuvent laisser penser une position à la fois ambiguë et incertaine de la convention d'arbitrage. Alors qu'en réalité, ces caractéristiques ne se contredisent pas, mais elles sont complémentaires.

496. Et c'est justement le but de ce second exercice : présenter les différents traits et aspects caractérisant la convention d'arbitrage qui, à travers des mécanismes translatifs, attributifs et extensifs de droits, vont lui permettre de circuler et pouvoir rayonner en dehors de son cercle contractuel. Une réception du principe d'opposabilité en matière d'arbitrage qui serait *facilitée* par la nature juridique de la convention d'arbitrage (§1), et *justifiée* par la mobilisation des conditions similaires à celles retenues pour l'opposabilité en droit commun, c'est à dire l'implication et la connaissance, ce qui faciliterait davantage la transposition (§2).

§1 Une réception facilitée par la nature juridique de la convention d'arbitrage

497. Autonomie et accessoriété, deux aspects de la convention au service de son extension et de sa circulation ? La convention d'arbitrage est une convention de procédure qui a pour effet le dessaisissement du juge étatique. Ce droit d'action restreint ne pourra s'exercer que devant le juge privé. Modalité conventionnelle du droit d'action, la convention d'arbitrage doit se conformer à la théorie générale du contrat, théorie dans laquelle surgissent deux principes qui apparaissent, *a priori*, concurrents, pour ne pas dire antinomiques. D'une part, l'autonomie matérielle de la

convention d'arbitrage et, d'autre part, son caractère accessoire par rapport au contrat principal (A).

498. Ces deux principes, très étudiés par la doctrine, sont également consacrés en droit de l'arbitrage. Au regard de la règle de l'accessoire : *Accessorium sequitur principal*, le fait qu'une clause d'arbitrage puisse survivre à la disparition du contrat principal semble apocryphe. Si le contrat principal vient à être anéanti, l'accessoire se trouve en principe sans cause, il s'effondre. Comment peut-on alors affirmer que l'accessoire puisse survivre à la disparition du principal ? Comment concilie-t-on entre le caractère autonome de la convention d'arbitrage et son caractère accessoire et dépendant ?

499. Cette contradiction apparente est, en réalité, une complémentarité latente entre les deux aspects. L'accessoriété est une caractéristique qui permet à la clause d'arbitrage d'accompagner le contrat principal *tout au long de sa vie*, alors que l'autonomie matérielle est une particularité qui n'intervient qu'à *la fin de la vie* du principal, puisqu'elle sera mobilisée pour remplir sa finalité processuelle⁷⁷⁰. Un rôle qui ne sera pas pleinement efficace sans une séparabilité du contrat auquel elle est dépendante. Pour aborder ces questions attentivement, nous analyserons tout d'abord les deux aspects de la convention d'arbitrage, à savoir le caractère autonome et accessoire qui expliquent, pour le premier, la survie de la clause d'arbitrage des causes d'anéantissement du contrat principal et son détachement des règles de conflits de lois, et, pour le second, la circulation et la transmission de ladite clause. Ces deux caractéristiques, comme on le verra, ont été consacrées par la jurisprudence pour donner à la convention d'arbitrage une efficacité pleine entre les parties. Une efficacité qui n'est pas sans conséquences sur le principe de l'opposabilité d'où l'effet d'attraction des tiers non-signataires (B).

A. *L'autonomie et l'accessoriété de la clause d'arbitrage au service de son efficacité*

500. Seront ici examinés successivement : le caractère autonome de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal et aux lois étatiques (1) et le

⁷⁷⁰ V. en ce sens : CA Paris, 6 nov. 2012, n° 11-07.555, (*Immobilier Monceau Investissement*) : « La clause d'arbitrage présente par rapport à la convention dans laquelle elle s'insère une autonomie juridique excluant qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte ».

caractère accessoire de la clause d'arbitrage autorisant sa transmission en tant qu'accessoire de second degré (2).

1. *L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal et aux lois étatiques*

501. Convention de procédure, la convention d'arbitrage obéit à un régime juridique propre. Son caractère conventionnel la soumet au régime général du droit commun des contrats et son objet processuel lui permet de bénéficier de certaines règles spéciales, notamment de la règle de l'autonomie. Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage signifie que la clause compromissoire est à la fois indépendante du contrat principal dont elle puise l'objet et la cause — autonomie matérielle — et autonome par rapport au droit interne et à toute loi étatique — autonomie juridique —. Autrement dit, la règle de l'autonomie a deux effets majeurs sur la convention d'arbitrage : un effet d'immunité et un effet d'émancipation. Il en résulte que, pour le premier effet, la convention d'arbitrage ne peut souffrir des causes d'anéantissement du contrat principal et, pour le second effet, qu'elle ne peut être attachée à un système de conflits de lois, c'est-à-dire que la convention d'arbitrage a sa propre loi, qui n'est pas une loi étatique.

502. Ainsi, et après avoir énoncé le principe d'autonomie et ses effets sur la convention d'arbitrage (a), nous examinerons par la suite son évolution en matière d'arbitrage international, car il est passé d'un simple principe d'autonomie à un principe de validité (b).

a. Énoncé et effets du principe

503. L'autonomie de la convention d'arbitrage se manifeste tant par rapport au contrat principal (i) que par rapport aux lois étatiques (ii). Les conséquences du principe sur la clause d'arbitrage seront successivement l'effet d'immunisation et l'effet d'émancipation.

i. L'autonomie matérielle

504. Nous avons eu l'occasion d'affirmer que c'est en raison de l'objet processuel de la convention d'arbitrage que celle-ci est dotée d'un régime spécial lui permettant d'avoir un sort distinct du contrat principal et de survivre lorsque ce dernier est anéanti. L'autonomie matérielle permet non seulement à la convention d'arbitrage de ne pas subir les tourments pouvant affecter le contrat principal, mais aussi de gagner en efficacité. Pour la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, la survie d'une clause d'arbitrage à la disparition du contrat principal est synonyme d'autonomie⁷⁷¹. Ce terme est toutefois entouré de controverses. Pour mieux rendre compte du contenu du principe, mais surtout pour évoquer l'indépendance fonctionnelle de la clause, certains auteurs français, et même le législateur, préfèrent parler d'indépendance⁷⁷² ou de séparabilité⁷⁷³ à l'instar de la littérature juridique anglo-saxonne⁷⁷⁴. Ces terminologies sont en réalité synonymes ; ils reflètent la même idée : la clause d'arbitrage bénéficie d'un détachement⁷⁷⁵ matériel du contrat principal dans lequel elle est formellement attachée. Cela signifie que l'effet processuel qui oblige les parties et s'oppose aux tiers sera maintenu, et ce, peu importe que le contrat principal soit inexistant, nul⁷⁷⁶, résolu, résilié ou ait pris fin, par arrivée de son terme⁷⁷⁷. Cependant, la règle de l'autonomie matérielle ne doit pas laisser penser que celle-ci est « *indestructible* ». Certaines causes d'inefficacité du contrat principal peuvent rejaillir sur la convention d'arbitrage. C'est le cas par exemple de l'incapacité à compromettre, en cas de dol ou de violence⁷⁷⁸.

⁷⁷¹ V. en ce sens : Jean-Pierre ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *Trav. Com. fr. DIP* 11^{ème} année 1991-1993, 1994, pp. 75-119 ; Catherine BLANCHIN, « L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ? », in, RIDC, Vol. 49 n°4, 1997. pp. 989-991 ; Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 74, p. 86.

⁷⁷² V. en ce sens : Dimitri HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. II, préf. Horatia MUIR-WATT, PUAM, 2001, n° 1141, p. 1014. L'auteur estime que l'indépendance est à l'extrémité de l'accessoriété, ce qui la différencie de l'autonomie qui est à mi-chemin.

⁷⁷³ V. en ce sens : Pierre MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 359 et s.

⁷⁷⁴ Sur ce point en particulier, il faut préciser tout de même que pour certains juristes anglais, les termes survie, autonomie ou séparabilité (*severability*, *autonomy*, *separability*) sont synonymes. V. en ce sens : Gary B. BORN, « *International commercial arbitration : commentary and materials* », Transnational publisher, Inc. & Kluwer Law International, 2001, p. 55 ; V. également, Stephen M. SCHWEBEL, « *The Severability of the Arbitration Agreement, International Arbitration : Three Salient Problems* », Grotius, 1987.

⁷⁷⁵ Jean ROBERT et Bertrand MOREAU, *op. cit.*, n° 283.

⁷⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, (*Sté Omenex c./M. Hugon*), D. 2005, p. 3052 et p. 3060, obs. CLAY, D. 2006, p. 199, avis SAINTE-ROSE ; JCP G 2006, I, 148, n° 6, obs. BÉGUIN ; *Rev. arb.*, 2006, p. 103, note RACINE ; JDI 2006, p. 966, note TRAIN. « En application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent ».

⁷⁷⁷ Cf. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 76, p. 102.

⁷⁷⁸ Cf. Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 117, p. 101 et s.

505. Considérée donc comme le sens « classique »⁷⁷⁹ ou « l'effet premier »⁷⁸⁰ de la règle de l'autonomie, l'indépendance matérielle est une consécration purement jurisprudentielle. Avant qu'elle ne s'inscrive dans l'alinéa 1 de l'article 1447 du CPC, issu de la réforme du 13 janvier 2011, qui dispose que : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* », l'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage international fut, dès 1963, dégagée par l'arrêt *Gosset*. Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé que : « *En matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte* »⁷⁸¹. Quelques années plus tard, le principe sera consacré en matière interne. Le premier arrêt en date fut celui de la Cour d'appel de Paris⁷⁸² dans lequel il a été affirmé que la clause d'arbitrage est « *une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale* ». Mais de manière solennelle, il a fallu attendre l'arrêt *Barbot*, rendu le 4 avril 2002, dans lequel la Cour de cassation affirme sans ambiguïté que : « *La clause compromissaire présentant, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte, l'éventuelle nullité du contrat de sous-traitance est sans incidence sur la validité de ladite clause* »⁷⁸³. La même position sera confirmée quelques jours plus tard, précisément le 9 avril 2002, dans l'affaire *Toulousy* où les juges de la haute Cour avaient repris presque mot pour mot l'attendu de l'arrêt *Barbot* en jugeant que : « *En droit interne de l'arbitrage, la clause compromissaire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle puisse être affectée par une éventuelle inefficacité de cette convention* »⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ Antonias DIMOLITSA, « *Autonomie et Kompetenz-Kompetenz* », *Rev. arb.*, 1998, p. 305.

⁷⁸⁰ Selon M. ANCEL, l'autonomie « immunise la clause compromissaire des causes d'invalidité touchant la convention principale. C'est l'effet de séparation, ou d'indépendance de la clause compromissaire par rapport au contrat principal — effet premier de la règle d'autonomie », in, Jean-Pierre ANCEL, « *L'actualité de la clause compromissaire* », *op. cit.*, p. 81.

⁷⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *D.* 1963, *Jur.* p. 545, note ROBERT ; *RCDIP* 1963, p. 615, note MOTULSKY ; *JDI* 1964, p. 83, note BREDIN ; *JCP* 1963, II, n° 13405, note GOLDMAN ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60, note FRANCESCAKIS.

⁷⁸² CA Paris, 8 oct. 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 350, note ANCEL et GOUT ; *RTD com.* 1999, p. 844, obs. LOQUIN ; *RGDP* 1999, p. 126, obs. RIVIER. V. aussi : CA Paris, 11 mai 2000, *Rev. arb.*, 2002, p. 180, et obs. CLAY.

⁷⁸³ Cass. civ. 2^{ème}, 4 avril 2002, (*Barbot c./Bouygues Bâtiment*), *Rev. arb.*, 2003, p. 103 (1^{er} espèce), note DIDIER ; *JCP G* 2003, I, 105, n° 2, obs. SERAGLINI. *D.* 2003, p. 1117, note LEGROS.

⁷⁸⁴ Cass. com., 9 avril 2002, (*Toulousy c./Philan*), *Rev. arb.*, 2003, p. 103 (2^{ème} espèce), note DIDIER ; *JCP G* 2003, I, 105, n° 2, note SERGLINI ; *D.* 2003, p. 1117, note LEGROS et *som.* p. 2470, obs. CLAY. V. également : CA Paris, 6 nov. 2012, n° 11/07555, (*Immobilier Monceau Investissement*) : « *La clause d'arbitrage présente par rapport à la convention dans laquelle elle s'insère une autonomie juridique excluant qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte* ».

506. Par ailleurs, il est permis de s'interroger sur les raisons qui permettent d'expliquer la survie de la clause d'arbitrage, contrairement à d'autres clauses, et sur ce qui fonde réellement le principe de l'indépendance matérielle de la convention d'arbitrage. Doit-on en déduire que la convention d'arbitrage est distincte du contrat principal dans le sens où elle constituerait un acte juridique autonome ? La doctrine s'est beaucoup interrogée sur ce sujet. Pour certains auteurs, c'est le caractère contractuel de la convention d'arbitrage, distinct de celui du contrat principal, qui expliquerait l'autonomie matérielle de celle-ci⁷⁸⁵. En effet, cette conception, comme on a pu le voir, consiste à détacher la convention d'arbitrage de l'ensemble contractuel auquel elle s'insère et la considérer comme étant une convention « *à part entière* »⁷⁸⁶ ou « *un contrat dans le contrat* »⁷⁸⁷. Suivant cette approche, les parties auraient entendu conclure deux contrats distincts de manière à isoler la clause du reste du contrat et ainsi lui réserver un sort différent du contrat principal. Selon ROBERT et MOREAU : « [on ne peut] *définir la clause compromissoire autrement qu'en exprimant qu'elle constitue une convention d'arbitrage indépendante et complète* »⁷⁸⁸.

507. Toutefois, cette justification de l'autonomie ne peut être retenue, car dire que les parties auraient entendu conclure deux contrats distincts est purement divinatoire⁷⁸⁹ et abstrait. Si c'est le cas, il faudrait alors réserver le même sort à toutes les clauses insérées dans le contrat principal, chose qui ruinerait « *l'unité intellectuelle* »⁷⁹⁰ du contrat. Ce qui explique d'ailleurs le choix de la terminologie « *séparabilité* » par M. MAYER. De l'avis de cet auteur, la clause compromissoire ne peut pas être autonome, car elle « *serait inconcevable en l'absence du reste du contrat (...). L'objet même de la clause est constitué par le reste du contrat* »⁷⁹¹. Cette approche est très intéressante, car elle permet de confirmer, une fois de plus, que la fonction de la clause d'arbitrage est un fondement de sa séparabilité du contrat principal. Le même auteur ajoute que « *la clause d'arbitrage est appelée à jouer, selon la volonté des parties, un rôle déterminant dans le prononcé de la nullité ou dans les conséquences de cette nullité* »⁷⁹². Ainsi, pour M. MAYER : « *La clause compromissoire est séparable, et doit être séparée dans la mesure précisément où elle contribue à définir le processus à l'issue duquel le sort du contrat*

⁷⁸⁵ V. *supra* n° 436.

⁷⁸⁶ Nathalie COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrages et d'élection du for en droit international privé*, op. cit., n° 296 et s.

⁷⁸⁷ Thomas CLAY, « *Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage* », *Dr. et pat.*, mai 2002, n° 104, p. 40 et s.

⁷⁸⁸ Jean ROBERT et Bertrand MOREAU, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, op. cit., n° 81, p. 62.

⁷⁸⁹ Jean BILLEMONT, op. cit., n° 288, p. 209.

⁷⁹⁰ *Id.*

⁷⁹¹ Pierre MAYER, op. cit., p. 359 et s.

⁷⁹² *Id.*

sera réglé, autrement dit dans la mesure où elle est un accessoire des clauses substantielles du contrat »⁷⁹³. Cette approche a même séduit la cour d'appel de Paris, laquelle dans une décision en date du 10 septembre 2003 a considéré que : « Sa dimension juridictionnelle explique la séparabilité de la clause compromissoire du contrat qui la contient pour tout ce qui concerne son existence, sa validité et sa force obligatoire, c'est-à-dire son efficacité »⁷⁹⁴.

508. Pour ce qui nous concerne, on utilisera essentiellement le terme autonomie, d'un côté, parce qu'il recouvre les deux significations et surtout pour se conformer à l'appellation consacrée par la pratique et la majorité de la doctrine. Ainsi, la fonction processuelle de la convention d'arbitrage explique son autonomie qui renferme un double objectif, et cela, que l'on soit en arbitrage interne ou international : assurer d'abord la validité de la convention d'arbitrage indépendamment des vicissitudes pouvant affecter le contrat principal pour assurer ensuite la préservation de l'efficacité du pouvoir des arbitres et éviter de remettre en cause leur compétence chaque fois qu'une partie argue la nullité du contrat.

509. Sur un autre plan, le principe de l'autonomie matérielle de la clause d'arbitrage ne doit pas être confondu avec le principe de compétence-compétence⁷⁹⁵, même si les deux principes entretiennent des relations étroites⁷⁹⁶. En effet, si l'autonomie matérielle permet à la clause d'arbitrage de résister et de survivre à la nullité du contrat principal, le principe de compétence-compétence permet à l'arbitre d'apprécier s'il est compétent, en particulier lorsqu'il est invoqué que le contrat principal qui la contient est nul⁷⁹⁷. La confusion peut venir du fait que le principe de l'autonomie permet à l'arbitre de se déclarer compétent pour statuer sur les effets de la nullité d'un contrat dans lequel la clause est insérée, alors même que ce contrat est nul⁷⁹⁸. Autrement dit, à supposer que le principe de l'autonomie matérielle ne soit pas reconnu et que l'on retient uniquement celui de compétence-compétence, l'arbitre pourra statuer sur sa propre compétence tant que la nullité du contrat n'est pas établie. En revanche, il se déclarera incompétent si cette nullité est constatée, car elle rejaillirait sur la clause d'arbitrage⁷⁹⁹. Le principe de compétence-compétence serait ainsi « le préalable du principe de l'autonomie matérielle »⁸⁰⁰.

⁷⁹³ *Id.*

⁷⁹⁴ CA Paris, 1^{ère} ch., sect. G, 10 sept. 2003, n° 2002/05034.

⁷⁹⁵ Cf. Éric LOQUIN, « Deux principes à distinguer : l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal et la compétence de l'arbitre pour apprécier sa compétence », *RTD com.*, 1997, p. 632.

⁷⁹⁶ Cf. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 79, p. 107.

⁷⁹⁷ V. en ce sens : Éric LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international, op. cit.*, n° 116, p. 119.

⁷⁹⁸ V. en ce sens : *Id.*

⁷⁹⁹ Cf. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 79, p. 107.

⁸⁰⁰ Cf. Éric LOQUIN, *op. cit.*, n° 116, p. 119.

510. Tout compte fait, il ne fait aucun doute que la convention d'arbitrage profite d'une autonomie par rapport au contrat qui la contient. La solution est ancrée dans le droit positif à tel point qu'elle n'est plus souvent rappelée dans les décisions de la jurisprudence et celui qui la conteste est certain d'échouer. On a même proposé d'étendre cette règle à d'autres clauses contractuelles relatives aux litiges⁸⁰¹, voire la considérer comme un modèle pour la clause attributive de juridiction⁸⁰². L'autonomie matérielle étant précisée, qu'en est-il à présent de l'autonomie juridique ?

ii. L'autonomie juridique

511. L'évolution de la règle de l'autonomie matérielle a donné naissance, en matière internationale, à la règle de l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire une autonomie de celle-ci par rapport à la loi qui régit le contrat principal et par rapport à toute loi étatique. Ce second sens de l'autonomie, bien qu'il soit reconnu par la plupart des législations nationales⁸⁰³, est spécifiquement français⁸⁰⁴. Il signifie concrètement que la convention d'arbitrage international est à la fois autonome par rapport au droit interne français, c'est-à-dire que la convention d'arbitrage n'est pas attachée aux restrictions et aux prohibitions du droit national, et autonome par rapport à toute loi étatique, ce qui se traduit par une indépendance par rapport à la méthode conflictualiste. La convention d'arbitrage international est ainsi soumise à une règle matérielle de portée générale.

512. La méthode des règles matérielles internationales est une création purement jurisprudentielle. Les règles matérielles, ou les règles substantielles selon l'expression américaine⁸⁰⁵ peuvent être définies comme étant des normes qui apportent une réponse sur le fond à une question de droit international privé. Elles se distinguent de la méthode de conflits de lois qui est, selon une auteure, une méthode « *neutre, abstraite et bilatérale* »⁸⁰⁶. Certaines de ces règles ont été donc consacrées pour être appliquées à la convention d'arbitrage international, peu

⁸⁰¹ Loïc CADIET, « *Liberté des conventions et clauses relatives au litige* », *LPA* 5 mai 2000, n° 8, p. 30 et s.

⁸⁰² Catherine BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?* thèse de doctorat, droit, préf. Hélène GAUDEMET-TALLON, L.G.D.J., 1995.

⁸⁰³ V. par exemple : Nathalie NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, thèse de doctorat, droit, préf. Emmanuel GAILLARD, 2004, L.G.D.J., n° 257, p. 148 et s.

⁸⁰⁴ V. Antonias DIMOLITSA, *op. cit.*, n° 14, p. 320.

⁸⁰⁵ Bruno OPPETIT, « *Le développement des règles matérielles* », *Trav. Com. Fr. DIP*, 1988, p. 121.

⁸⁰⁶ Kanza BENMBAREK-LESAFFRE, *Les règles matérielles de droit international privé*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Léna GANAGÉ, Paris 2, 2017.

importe la loi applicable dégagée, par la règle de conflit de lois qu'elle soit française ou étrangère⁸⁰⁷.

513. La jurisprudence voyait en cette méthode un intérêt majeur, celui de permettre une appréciation de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage international selon la seule volonté des parties et non pas selon la méthode conflictualiste⁸⁰⁸, car, en effet, comme le souligne fort bien M. ANCEL, les règles matérielles internationales permettent une « *immunisation de la clause compromissoire contre un grand nombre d'atteintes à sa validité, qui proviendraient (...) de l'application qui lui serait faite de la loi du contrat* »⁸⁰⁹. Par conséquent, la méthode conflictuelle serait inadéquate en matière de convention d'arbitrage⁸¹⁰. Car, en l'absence de choix des parties de la loi applicable à la convention d'arbitrage, ce qui est à juste titre extrêmement rare⁸¹¹, tout le monde, ou presque⁸¹², s'accorde à dire que la méthode conflictuelle est inappropriée en ce qu'elle rend, d'abord, incertaine la détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage et peut, ensuite, conduire à la désignation d'une loi substantielle inadaptée. M. GAILLARD dit en ce sens que : « *appliquée à la convention d'arbitrage, la méthode conflictuelle ne présente pas les avantages de sécurité et de prévisibilité que les parties seraient en droit d'en attendre* »⁸¹³.

514. S'agissant donc du premier aspect de l'effet de l'autonomie juridique, à savoir l'effet d'émancipation de la clause d'arbitrage par rapport au système de droit étatique, l'une des premières décisions qui a été rendue en ce sens marquant ainsi l'évolution de cette règle, fut la décision de l'arrêt *Hecht*. Dans cet arrêt, il était question d'une clause compromissoire insérée dans un contrat d'agence commerciale. Bien que l'agent commercial ne soit pas un commerçant et que le contrat qu'il conclut soit un acte mixte, la clause compromissoire qui y est insérée a été pourtant considérée comme valable. La Cour de cassation avait ainsi jugé que :

⁸⁰⁷ V. en ce sens : Ismail SELIM, « *Les règles matérielles adaptées aux besoins de l'arbitrage du commerce international* », in, Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Éric LOQUIN, éd. LexisNexis Litec, 2020, p. 305.

⁸⁰⁸ V. en ce sens : Jean-Pierre ANCEL, « *Un remède : la concentration du contentieux devant l'arbitre. Extension et transmission de la convention d'arbitrage* », in, Procédures parallèles et décisions contradictoires, Bruylant, 2015, p. 144.

⁸⁰⁹ Jean-Pierre ANCEL, « *L'actualité de la clause compromissoire* », *op. cit.*, p. 84.

⁸¹⁰ Ces trois auteurs sont considérés comme les plus fervents défenseurs de la solution française et ayant eu un vigoureux plaidoyer en faveur des règles matérielles. V. en ce sens : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 422, p. 235.

⁸¹¹ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 131, p. 107.

⁸¹² Bien que la méthode des règles matérielles présente des avantages, sa légitimité est toutefois décriée par certains auteurs de la doctrine en ce qu'elle met fin à la règle conflictualiste (v. en ce sens : Ismail SELIM, *op. cit.*, p. 306.), mais aussi en ce que les arguments avancés en faveur de la solution soient considérés comme « *relatifs* » (Cf. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 602, p. 551. V. également Sylvain BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, thèse de doctorat, droit, préf. Pierre MAYER, Economica, 2004, n° 290 et s., p. 204).

⁸¹³ Emmanuel GAILLARD, *note sous* Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, *Dalico*, JDI 1994, p. 441 et s.

« ayant relevé le caractère international du contrat qui liait les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissaire présente une complète autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application »⁸¹⁴. Cette jurisprudence a été confirmée par d'autres arrêts, notamment l'arrêt *Menicucci*⁸¹⁵ et *Ducler*⁸¹⁶.

515. Sur le second aspect de l'effet de l'autonomie juridique, c'est-à-dire l'effet d'émancipation de la clause par rapport à toute loi étatique, la clause d'arbitrage a été jugée « valable indépendamment de la référence à toute loi étatique »⁸¹⁷. Cette règle qui figurait en filigrane dans l'arrêt *Hecht*, mais de manière explicite dans l'arrêt *Menicucci*, a été entérinée par l'arrêt *Dalico* qui est considéré à juste titre comme une étape fondamentale du droit français de l'arbitrage international⁸¹⁸. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait jugé que : « En vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissaire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et (...) son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique »⁸¹⁹.

516. Nonobstant que l'effet d'émancipation donne lieu à une totale immunisation de la convention d'arbitrage international contre les causes d'inefficacité qui pourraient provenir des lois étrangères, lui permettant ainsi d'être à l'abri des lois rigides et moins libérales que celles appliquées en droit français, il a toutefois une double limite naturelle. Pour qu'elle soit émancipée du système de conflits de lois et de tout système de droit étatique, il est naturellement requis deux conditions. La première concerne le consentement des parties à la convention d'arbitrage. La seconde impose une non-violation des règles impératives du droit français et des règles considérées, par ce même droit, comme étant d'ordre public

⁸¹⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 4 juill. 1972, *JDI* 1972, p. 843, note OPPETIT ; *RCDIP* 1974, p. 82, note LEVEL ; *RTD com.* 1973, p. 499, obs. LOUSSOUARN ; *Rev. arb.*, 1974, p. 89.

⁸¹⁵ CA Paris, 13 déc. 1975, *RCDIP* 1976, p. 507, note OPPETIT ; *JDI* 1977, p. 107, note LOQUIN ; *Rev. arb.*, 1975, p. 147, note FOUCHARD.

⁸¹⁶ CA Paris, 8 mars 1990, *Rev. arb.*, 1990, p. 675 (2^{ème} espèce), note MAYER.

⁸¹⁷ CA Paris, 13 déc. 1975, citée préc.

⁸¹⁸ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 128, p. 106.

⁸¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, *JDI* 1994, p. 432, note GAILLARD ; *JDI* 1994, p. 690, note LOQUIN ; *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note GAUDEMET-TALLON ; *RCDIP* 1994, p. 663, note MAYER. La formule est utilisée aujourd'hui presque mot pour mot. En effet, dans un arrêt très récent : CA Paris, ch. com., 25 janv. 2022, n° 10-2022 a jugé qu'« en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissaire est juridiquement indépendante du contrat principal qui la contient ou s'y réfère, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ».

international, c'est-à-dire des principes que le droit français juge essentiels en matière internationale⁸²⁰. En effet, la convention d'arbitrage bénéficie de l'effet d'émancipation dès lors qu'elle est voulue par les parties et que ses termes ne contredisent pas les lois qui ont un caractère de lois de police, c'est-à-dire les règles qui organisent l'ordre social et économique et permettent de sauvegarder les intérêts publics d'un pays, et les lois d'ordre public qui peuvent intervenir dans un cadre international pour invalider la convention d'arbitrage⁸²¹.

517. Mais afin de doter la convention d'arbitrage international d'une efficacité maximale, l'évolution jurisprudentielle ne s'est pas contentée de réaffirmer l'effet d'émancipation et d'entériner les solutions des arrêts *Hecht* et *Dalico*, mais elle est allée au-delà en consacrant, depuis 1999, un nouveau principe, très libéral, qui est selon nous l'évolution naturelle du principe de l'autonomie, il s'agit du « *principe de validité de la convention d'arbitrage* ».

b. *Évolution du principe*

518. **De l'autonomie au principe de validité de la clause d'arbitrage.** Considéré comme parachevant l'évolution jurisprudentielle de l'autonomie de la convention d'arbitrage⁸²², le « *principe de validité* » a été consacré par le célèbre arrêt *Zanzi*⁸²³. Dans cet arrêt, où la Cour de cassation a trouvé l'occasion de réécrire l'arrêt *Dalico*⁸²⁴, il a été décidé que la condition de commercialité qui se dressait comme un rempart contre la validité de la clause d'arbitrage n'est plus un motif de nullité de celle-ci. Pour fonder la cassation de l'arrêt d'appel, qui a estimé que la clause compromissoire contenue dans une promesse de cession d'actions était nulle en raison de la nature civile de l'acte principal, la haute Cour a déclaré que : « *Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité* ». Elle a ajouté également que « *l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international* ».

⁸²⁰ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 132, p. 108.

⁸²¹ V. en ce sens : *Ibid.*, n° 139, p. 112. V. également : Jean-Pierre ANCEL, « *Un remède : la concentration du contentieux...* », *op. cit.*, p. 144.

⁸²² Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 134, p. 109.

⁸²³ Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Bull. civ.*, I, n° 2 ; *Rev. arb.*, 1999, p. 260, note FOUCHARD ; *RTD com.* 1999, p. 380, obs. LOQUIN ; *RCDIP* 1999, p. 546 note BUREAU.

⁸²⁴ Ibrahim FADLALLAH, Dominique HASCHER, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial, op. cit.*, n° 10, p. 28.

519. Toujours est-il que même si le principe participe à conférer à la clause d'arbitrage une très grande efficacité, il n'est pas exempt de vives critiques. Mme GAUDEMET-TALLON a relevé à cet égard qu'« un acte ne peut être en principe valable : il n'est valable que s'il remplit des conditions de forme et de fond posées par une norme logiquement première par rapport à cet acte ; ces conditions peuvent être peu sévères, elles ne sauraient être inexistantes »⁸²⁵. Pour M. MAYER le principe de validité est un « non-sens juridique »⁸²⁶. Cependant, on ne peut qu'être partagé entre l'idée que développent Mme GAUDEMET-TALLON et M. MAYER, car, comme l'écrit fort bien GAILLARD, un tel principe pourrait laisser croire que « la convention d'arbitrage ne serait soumise à aucune norme, qu'elle ne tirerait sa validité que d'elle-même, ce qui serait évidemment absurde »⁸²⁷, et les justifications du principe que propose M. RACINE.

520. En effet, ce dernier auteur explique que la pertinence et l'utilité du principe ne font aucun doute en ce que la jurisprudence s'y réfère de manière constante depuis 1999. Il souligne : « Le principe de validité est construit de manière binaire comme un principe assorti d'une exception. Il n'est bien entendu pas acceptable que la convention d'arbitrage soit toujours valable et efficace. On sait que, depuis notamment l'arrêt *Dalico*, la validité de la clause doit s'apprécier au regard de l'ordre public international. Dès lors, la structure du principe de validité est très simple : la convention d'arbitrage international est en principe valable, sauf si, exceptionnellement, elle se trouve être contraire à l'ordre public international »⁸²⁸. Pour le même auteur, le principe de validité présente une utilité certaine, car, d'un côté, il couronne l'évolution esquissée sous la bannière du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et, de l'autre côté, poursuit l'objectif affiché de l'arbitrage français international, à savoir favoriser l'efficacité de la convention d'arbitrage⁸²⁹. Le principe de validité est donc, selon M. RACINE, un principe « dynamique »⁸³⁰, spécifique au droit français, que l'on peut appeler « principe de faveur », « principe d'efficacité »⁸³¹ ou encore, selon M. ANCEL, principe de « validité-autonomie »⁸³².

521. En derniers propos, le principe de validité est sans conteste le prolongement du principe de l'autonomie. Il confirme l'effet d'immunisation et

⁸²⁵ Hélène GAUDEMET-TALLON, note sous CA Paris, 26 mars 1991 (*Dalico*), *Rev. arb.*, 1991, p. 469.

⁸²⁶ Pierre MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *op. cit.*, p. 433.

⁸²⁷ Emmanuel GAILLARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993 (*Dalico*), *JDI*. 1993, p. 438.

⁸²⁸ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 136, p. 111.

⁸²⁹ *Id.*

⁸³⁰ Jean-Baptiste RACINE, « Le principe de validité de la convention d'arbitrage international en droit français : un principe dynamique », *RIDP* 2013, p. 42.

⁸³¹ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 136, p. 111.

⁸³² Jean Pierre ANCEL, « Un remède : la concentration... », *op. cit.*, p. 144.

l'effet d'émancipation. Il est une règle matérielle qui a pour critère d'application la saisine du juge français et ne peut concerner que la clause d'arbitrage international⁸³³, car il n'a pas été relevé en jurisprudence que le principe de validité ait été étendu à la clause d'arbitrage interne, bien que le principe de l'autonomie matérielle soit inscrit à l'alinéa 1 de l'article 1447 du CPC qui dispose que : « *La clause d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* ». Le critère de l'autonomie étant précisé, nous nous proposons de nous pencher sur le principe de l'accessoriété.

2. *La transmission automatique de la clause d'arbitrage en tant que qu'accessoire de « second degré »*

522. Seront ici successivement abordés : l'exposé de la règle de la transmission automatique de la clause d'arbitrage (a) et les réserves de cette règle (b). Dans le premier développement, nous ferons un aperçu général de la règle en identifiant le fondement de la transmission automatique, qui n'est autre que la règle de l'accessoire. Dans le second développement, nous présenterons les critiques qui ont été formulées à l'encontre de cette règle tout en démontrant que le motif réel de la transmission a trait à un objectif de politique juridique, soit l'efficacité de la clause d'arbitrage.

a. *L'exposé de la règle*

523. **Le principe général de transmission de la convention d'arbitrage.** Quel que soit le mécanisme de transmission des droits substantiels, la clause compromissoire est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire de ces droits substantiels. Il existe donc un principe général de transmission, ou de circulation⁸³⁴, des conventions d'arbitrage. Ce principe constitue même une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international. Le principe général de transmission de la convention d'arbitrage a été accueilli et consacré par la

⁸³³ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 139, p. 112.

⁸³⁴ Pierre MAYER, « *La circulation des conventions d'arbitrage* », *JDI* 2005, p. 251.

jurisprudence. En effet, il a été admis dans plusieurs arrêts, notamment l'arrêt ABS⁸³⁵, que « *la clause compromissoire est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel* ». Une transmission automatique et objective de la convention sans que le tiers recevant cette clause n'exprime de volonté, même déduite de son comportement⁸³⁶.

524. Une transmission objective et automatique. Que l'arbitrage soit interne ou international, la clause d'arbitrage s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants signataires. La règle est applicable en matière interne, puisque l'article 2061 du Code civil énonce que : « *la clause d'arbitrage doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée* », mais également en matière internationale, car il a été jugé dans un arrêt de la Cour de cassation que : « *la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants* »⁸³⁷.

525. La transmission automatique de la convention d'arbitrage est une règle de portée générale. Elle concerne tous les mécanismes translatifs de droits substantiels telles que la cession de créances, la cession de contrat, la subrogation ou les chaînes de contrats translatifs de propriété. C'est effectivement dans le cadre de ces opérations translatives de droits que la jurisprudence s'est prononcée en faveur de la transmission automatique. Deux arrêts majeurs en ce sens : l'arrêt *Peavy* du 6 février 2001 dans lequel la Haute juridiction a admis que : « *dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause* »⁸³⁸. Cette solution a été réaffirmée de manière plus précise dans l'arrêt ABS précité, abandonnant même la condition de connaissance ou de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause relevée par l'arrêt *Peavy*. La Cour a statué en disant que « *dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne* ». Il ressort donc de l'analyse de ces deux arrêts, un mécanisme de transmission objective et

⁸³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, D. 2007, 2077, note BOLLÉE ; Rev. arb., 2007, p. 785, note EL AHDAB ; RTD com. 2007, p. 677, obs. LOQUIN.

⁸³⁶ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 329, p. 252.

⁸³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 fév. 2000, n° 95-14.330, (*Taurus Film*), Rev. arb., 2000, p. 280, note GAUTIER ; RCDIP 2000, p. 763, note COIPEL-CORDONNIER ; RTD com. 2000, p. 596, obs. LOQUIN.

⁸³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, Rev. arb., 2001, p. 765, note COHEN ; JCP 2001, II, 10 567, note LEGROS ; RCDIP 2001, p. 522, note JAULT-SESEKE ; D. 2001, p. 1135, obs. DELEBECQUE ; CCC juin 2001, 82, obs. LEVENEUR ; *Deffrénois*, 2001, p. 708, obs. LIBCHABER ; JCP E 2001, n° 29, p. 1238, note MAINGUY et SEUBE ; *Dr. et Patr.*, 2001, n° 95, p. 120, obs. MOUSSERON. V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, « *Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavy* », *CAPJIA*, éd. Gaz. Pal., 2002, p. 87.

automatique de la convention d'arbitrage dans une chaîne de contrats, mais également dans d'autres mécanismes, sans besoin de rechercher le consentement du bénéficiaire de la transmission, réserve faite de la clause compromissoire conclue *intuitu personae*. Le caractère *intuitu personae*, en vertu duquel la clause compromissoire est conclue en considération de la personne ou la qualité du cocontractant initial, fait obstacle à la transmission de la clause et à son opposabilité au cocontractant initial qui n'a pas formulé expressément son acceptation du nouveau partenaire. Il faut noter au passage que la convention d'arbitrage de par sa nature même n'est jamais conclue *intuitu personae* en pratique.

526. La jurisprudence est allée même jusqu'à admettre qu'«*en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels*». Aussi, la nullité de l'acte translatif de droits substantiels ne fait nullement échec à la transmission de la clause compromissoire.

527. **Le fondement juridique de la transmission automatique de la convention d'arbitrage.** La jurisprudence a connu quelques fluctuations quant au fondement de la transmission de la clause compromissoire. Dans un premier temps, la jurisprudence a retenu l'adhésion volontaire à la clause compromissoire pour justifier le mécanisme de transmission. Toutefois, nous verrons que cette justification tend vers un objectif précis⁸³⁹. Par la suite, la jurisprudence s'est appuyée sur la théorie de l'accessoire comme fondement de la transmission de la clause compromissoire comme en atteste l'arrêt *ABS* déjà évoqué. En vertu de la maxime latine «*accessorium sequitur principale*», l'accessoire se transmet avec le principal. L'accessoire se définit comme ce qui s'ajoute au principal ou est produit par le principal. La transmission s'explique par un double rapport d'accessoire à principal. La convention d'arbitrage est accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis. L'idée sous-jacente est que la clause compromissoire est un accessoire au «*second degré*». À cet égard, M. LOQUIN l'explique assez bien : «*La clause compromissoire est transmise en tant qu'accessoire du droit d'action, car lui-même est dans un rapport d'accessoire et de principal avec le droit substantiel qu'il sert. Il en résulte qu'il suit nécessairement le droit substantiel transmis. Aussi, la transmission de la clause*

⁸³⁹ V. *infra* n° 531.

compromissoire est la conséquence d'un double rapport d'accessoire à principal. La clause compromissoire suit le droit d'action qui suit lui-même le droit substantiel »⁸⁴⁰.

528. Il est intéressant de citer l'arrêt de 2003 dans lequel la cour d'appel de Paris⁸⁴¹ a justifié la transmission de la convention d'arbitrage en disposant que : « *son caractère accessoire indissociable de sa qualité de clause contractuelle explique que la clause compromissoire ait la même faculté de circulation que les autres stipulations du contrat et qu'elle ne puisse être séparée des autres dispositions qui régissent la créance litigieuse en cas de cession de celle-ci* ». On comprend par cette décision que le caractère autonome n'est pas un obstacle à sa transmission. La cour d'appel l'explique de manière très explicite, en affirmant que : « *Sa dimension juridictionnelle explique la séparabilité de la clause compromissoire du contrat qui la contient pour tout ce qui concerne son existence, sa validité et sa force obligatoire, c'est-à-dire son efficacité (...). Le principe de séparabilité conforme aux prévisions raisonnables des parties en obligeant celles-ci à déférer à l'arbitre tout litige susceptible de naître du contrat, y compris les demandes qui visent à remettre en cause son existence même, n'est pas contradictoire avec la dimension contractuelle de la clause compromissoire* ». Il s'en déduit du raisonnement de la cour d'appel que la nature conventionnelle de la clause d'arbitrage fonde son caractère accessoire et donc sa transmission, alors que sa nature processuelle justifie sa séparabilité du contrat initial⁸⁴², tandis que son caractère international justifie son détachement de toute règle de conflits de lois. Toutefois, les justifications relatives à l'automaticité et à l'objectivité de la transmission se trouvent contestées pour les raisons que nous verrons par la suite. La règle étant exposée, on exprimera quelques réserves relatives à sa justification.

b. Les réserves de la règle

529. La première objection tendrait à se demander comment une clause compromissoire aussi autonome soit-elle peut être transmise automatiquement, à titre accessoire, en même temps que les droits substantiels ? La question soulevée est en lien avec le fondement juridique retenu qui paraît, de prime abord, contestable. La règle de l'accessoire, justifiant la circulation de la clause compromissoire, ne convainc

⁸⁴⁰ Éric LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, op. cit., n° 119, p. 122.

⁸⁴¹ CA Paris, 10 sep. 2003, *Rev. arb.*, 2004, p. 623, note AYNÈS.

⁸⁴² V. en ce sens : Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSHEIDT, op. cit., n° 211, p. 258.

point. Les reproches adressés à ce fondement tiennent aux aspects de la convention d'arbitrage, que sont les caractères autonome et accessoire. À première vue, il ne nous semble pas déraisonnable de relever là une contradiction. Comme on le sait, la clause revêt un caractère à la fois dépendant et indépendant. Elle est autonome relativement à son efficacité et dépendante du contrat principal pour ses besoins de circulation.

530. La deuxième objection peut être soulevée en faisant un rapprochement avec les solutions relatives aux clauses attributives de juridictions. Si l'on fait un parallèle avec la clause d'élection de for, la jurisprudence a estimé que la clause d'élection de for ne peut être opposée au tiers sous-acquéreur dans une chaîne de contrats translatifs de propriété à moins qu'il soit « *établi que le tiers a donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause* ». Curieusement, la solution relative à la transmission de la convention d'arbitrage n'a pas été transposée aux clauses attributives de juridictions. Pourtant, les clauses attributives de juridiction sont l'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel, au même titre que la clause compromissoire. Visiblement, la jurisprudence accorde davantage une faveur à la clause d'arbitrage qu'aux clauses attributives de juridiction.

531. À la réflexion, nous pensons que la justification de la transmission automatique de la convention d'arbitrage est à envisager dans une autre direction. Même s'il est vrai que le caractère autonome de la clause d'arbitrage ne pose pas de difficulté quant à sa transmission, l'accessoriété n'explique pas tout à fait la transmission. En effet, nous pensons, avec certains auteurs, que le motif sous-jacent qui explique une telle circulation relève en réalité d'un « *objectif de politique juridique* »⁸⁴³. Il y a une volonté de doter la convention d'une plus grande efficacité. Certes, comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, si l'autonomie de la convention d'arbitrage a pour but de donner une efficacité à la clause d'arbitrage en écartant les motifs susceptibles d'affecter sa validité, le principe de transmission automatique et objective de la clause donne une efficacité à ses effets. Certains auteurs ont même dépassé le sens de la transmission pour parler de multiplication des effets de la convention d'arbitrage⁸⁴⁴.

532. En outre, une autre solution médiane peut être admise. Le principe est simple : la convention d'arbitrage est dans tous les cas un accessoire qui, suivant la

⁸⁴³ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 343, p. 259. L'auteur cite : Laure BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, n° 306, p. 274.

⁸⁴⁴ François-Xavier TRAIN, « Arbitrage et action directe : à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007 », *CAPJIA* 2007/3, p. 6.

situation du contrat, survie, se transmet ou disparaît. En cas de conflit, la convention d'arbitrage est appelée à se mettre en œuvre. La volonté de donner à la clause d'arbitrage une efficacité pleine permet, exceptionnellement, à celle-ci de se détacher du contrat principal pour ainsi justifier sa survie. La survie de la clause est un motif favorisant à la fois l'extension, mais également la transmission. En revanche, si le contrat est mené à son terme, régulièrement exécuté et aucun litige n'a été relevé, la convention d'arbitrage ne pourra pas produire ses effets, car elle est dépourvue de l'élément qui déclenche sa fonction processuelle. Elle est amenée naturellement à disparaître avec le contrat principal.

533. En définitive, si les deux caractéristiques de la clause d'arbitrage, à savoir sa transmissibilité en tant qu'accessoire de second degré et son autonomie matérielle et juridique, poursuivent un objectif de politique juridique, c'est-à-dire favoriser l'efficacité de la clause d'arbitrage, cet objectif vient également au soutien de la réception du principe de l'opposabilité. C'est ce que nous verrons dans les développements suivants.

B. *L'efficacité de la clause d'arbitrage au soutien de l'opposabilité*

534. L'efficacité accrue de la clause d'arbitrage confère à celle-ci un troisième effet, qui est l'effet mobilisateur ou l'effet d'attraction. À cet égard, selon M. ANCEL « *L'extension à un tiers, au sens du droit français des contrats serait justifiée par l'effet mobilisateur de l'autonomie entendue dans son acception la plus novatrice, celle qui détache la clause compromissoire de toute loi étatique, offrirait ainsi la possibilité de ne plus soumettre la clause au principe de l'effet relatif des conventions* »⁸⁴⁵. Ainsi, l'efficacité, conséquence du principe de l'autonomie, va permettre à une clause d'arbitrage de circuler⁸⁴⁶ et de se transmettre en dépit de l'invalidité de l'acte de transmission (a), et d'étendre ses effets aux tiers non-signataires malgré l'inefficacité du contrat auquel elle se rapporte (b).

a. *La circulation de la convention d'arbitrage en dépit de l'invalidité de la transmission*

⁸⁴⁵ Jean Pierre ANCEL : « *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire* », *op. cit.*, p. 75.

⁸⁴⁶ V. par ex. : Pierre MAYER, « *La circulation des conventions d'arbitrage* », *op. cit.*, p. 251.

535. Forte grâce à son efficacité, la clause d'arbitrage peut ensuite, sous certaines conditions, attirer à ses effets des tierces personnes. L'attraction des tiers non-signataires ou l'effet de mobilisation de la clause d'arbitrage se réalise par extension, mais aussi par circulation contractuelle. En ce qui concerne ce dernier cas de figure, nous ne reviendrons pas ici sur le processus de transmission que nous avons déjà identifié, mais nous nous intéresserons particulièrement à la solution retenue par la jurisprudence, à savoir la transmission automatique de la clause en dépit de l'invalidité de la transmission des droits substantiels. Cela ressort des arrêts *Taurus Films*⁸⁴⁷ et *Cimat*⁸⁴⁸, où la haute Cour a déclaré qu' : « *en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels* ». Cette jurisprudence est intéressante en ce qu'elle confirme l'idée selon laquelle la transmission de la clause d'arbitrage est valide même si l'acte translatif devait être frappé de nullité. Seule entre en ligne de compte la volonté initiale des parties de procéder au transfert des droits substantiels auxquels la clause est attachée⁸⁴⁹.

536. Il s'infère de cette solution que la clause d'arbitrage est transmissible automatiquement dès lors qu'elle a fait l'objet d'un consentement exprès ou implicite, voire même présumé⁸⁵⁰ des parties. La règle assure donc la circulation de la convention d'arbitrage même lorsqu'il y a irrégularité du transfert de l'opération principale. Une règle qui assure un soutien à l'opposabilité surtout en présence du mécanisme consistant en une transmission des droits à un ayant cause à titre particulier. Une solution qui a toutes les allures d'une règle matérielle propre à la convention d'arbitrage international, mais il n'est pas impossible qu'elle trouve transposition en droit interne⁸⁵¹. Elle poursuit donc l'objectif recherché par la jurisprudence, qui est de rendre l'arbitrage plus accessible et plus efficace d'autant plus que dans la matière internationale les relations commerciales connaissent une diversité d'opérateurs, d'intervenants et de contrats.

537. Un point important appelle une observation, l'efficacité maximale générée par le principe de l'autonomie-validité et celui de la transmission automatique même

⁸⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 fév. 2000, n° 95-14.330, *Bull. civ.*, n° 36 ; *JCP* 2001, II, p. 10570, *note* AMMAR ; *RTD com.* 2000, p. 596, *obs.* DUBARRY et LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2000, p. 280, *note* GAUTIER ; *RCDIP* 2000, p. 763, *note* COIPEL-CORDONNIER ; *LPA* 26 septembre 2007, p. 12, *note* PARSY.

⁸⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, *RTD com.*, 2002, p.667, *obs.* LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2003, p. 397, *note* COHEN. V. également : Marie-Laure NIBOYET, « *La transmission automatique de la clause d'arbitrage : ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire ?* », *Gaz. Pal.*, 2003, p. 28.

⁸⁴⁹ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 334, p. 254.

⁸⁵⁰ V. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 709, p. 441 et s.

⁸⁵¹ V. Marie-Laure NIBOYET, *op. cit.*, n° 1.

en cas d'irrégularité de l'acte de transfert initial, vient également au soutien de l'opposabilité en permettant l'attraction des tiers non-signataires, à travers le mécanisme d'extension.

b. *L'extension de la clause d'arbitrage aux tiers en dépit des vices affectant la validité du contrat principal*

538. Si l'on soutient que la clause d'arbitrage résiste malgré les vicissitudes qui pourraient toucher le contrat principal et continue donc de produire ses effets entre les parties signataires, les effets d'immunisation et d'émancipation, conséquence du principe d'autonomie-validité, permettent également, lorsque des conditions spécifiques l'autorisent, une extension compromissaire à l'égard des personnes non-signataires. Autrement dit, le principe d'autonomie-validité, qui, rappelons-le, dote la clause d'arbitrage d'une efficacité maximale, trouve aussi application lorsque le conflit intéresse ou met en cause une tierce personne non-signataire. M. ROBERT considère que le principe d'autonomie a pour corollaire l'extension compromissaire à des parties non matériellement signataires⁸⁵². Le principe de l'autonomie agit donc sur l'extension des effets de la clause d'arbitrage. Autrement dit, à supposer qu'il n'existe pas de principe d'autonomie, il serait difficile d'affirmer si une clause est capable de produire tous ses effets entre les parties et à l'égard des tiers, car elle serait moins efficace.

539. En dernière analyse, nous avons pu démontrer précédemment que les effets d'immunisation et d'émancipation, qui donnent selon les termes de la jurisprudence une « *efficacité complète* » à la convention d'arbitrage, sont nécessairement la conséquence de la volonté des parties. Ces effets concernent les parties, car elles ont accepté la clause d'arbitrage, mais aussi, dans certaines circonstances, les tiers. En effet, puisque l'on sait, et on le détaillera dans un titre dédié, que l'acceptation de la clause d'arbitrage peut être tacite, car la signature d'un acte n'est qu'un indice parmi d'autres de la volonté d'accepter l'arbitrage, les solutions jurisprudentielles tenant au renforcement de l'efficacité de la clause — extension et transmission — concernent également les tiers non-signataires qui viennent s'interférer dans le contrat des parties signataires.

⁸⁵² Cf. Jean ROBERT, *L'arbitrage : droit interne, droit international privé, op. cit.*, n° 285, p. 252.

540. C'est en partant de cette réflexion que la jurisprudence a posé la solution suivante, et ce, depuis longtemps : « *La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant* »⁸⁵³. Même s'il faut avouer que la formule est à notre sens maladroite et, de ce fait, contestée par la majorité de la doctrine, car impuissante en soit à justifier une si grave conséquence de l'extension, à savoir priver une tierce personne non-signataire de saisir son juge naturel⁸⁵⁴, la jurisprudence a néanmoins retenu de manière presque régulière la formule suivante : « *Les effets de la clause d'arbitrage s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et la portée de cette clause, afin que l'arbitrage puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige* »⁸⁵⁵.

541. De surcroît, en nous appuyant sur la précédente formule de la jurisprudence, nous avons fait le rapprochement entre l'opposabilité du droit commun et l'opposabilité en matière d'arbitrage au regard des conditions de mise en œuvre. Il faut observer que si la mise en œuvre de l'opposabilité à l'égard des tiers d'un acte juridique en droit commun consiste en la connaissance de l'existence de cet acte par la personne qui a participé à sa violation, l'opposabilité en matière d'arbitrage exige presque les mêmes conditions. En effet, pour qu'elle soit mise en œuvre, l'opposabilité de la convention d'arbitrage doit obéir aux exigences de connaissance et d'implication du tiers. On s'attachera à étudier cette idée dans le paragraphe qui va suivre.

§2 Une réception justifiée par l'exigence de conditions similaires à celles retenues en droit commun

⁸⁵³ CA Paris, 20 avril 1988, (*Société Clark international Finance c./Société Sud matériel Service et autres*), *Rev. arb.*, 1988, p. 570 ; CA Paris, 30 nov. 1988, (*Korsnas Marina c/Sté Durand Auzias*), *Rev. arb.*, 1989, p. 691 et s., note TSCHANZ ; CA Paris, 14 fév. 1989, (*Ofer Brothers*), *Rev. arb.*, 1989, p. 691 et s., note TSCHANZ ; CA Paris, 31 oct. 1989, (*Kis France c/Société générale*), *Rev. arb.*, 1992, p. 90 ; CA Paris, 28 nov. 1989, (*Cotunav*), *Rev. arb.*, 1990, p. 675 (1er espèce), note MAYER ; CA Paris, 11 janv. 1990, (*Orri c/Soc. des lubrifiants Elf Aquitaine*), *Rev. arb.*, 1992, p. 95, note COHEN ; *RTD com.*, 1992, p. 596, note LOQUIN et DUBARRY.

⁸⁵⁴ V. plus en détail sur ce point : *infra* n° 875 et s.

⁸⁵⁵ Formule utilisée par plusieurs arrêts dont le plus notable est l'arrêt Jaguar : CA Paris, 7 déc. 1994, (*Jaguar*), *Rev. arb.*, 1996, p. 245, note JARROSSON ; *RTD com.*, 1995, p. 401, note DUBARRY et LOQUIN.

542. M. GOUTAL disait, à propos des solutions relatives à l'opposabilité en droit commun contractuel et leur transposition en matière d'arbitrage, que celles-ci peuvent être admises sans difficulté en matière d'arbitrage, puisqu'il « *n'y a probablement pas même de contradiction à redouter entre l'idée que l'opposabilité postule de la connaissance de la convention d'arbitrage par les tiers, et le parti pris de discrétion qui caractérise généralement le recours à l'arbitrage : il n'est pas question d'opposer une convention d'arbitrage à un tiers qui en ignorait l'existence. Au plus tard, il connaîtra celle-ci lorsqu'on la lui opposera* »⁸⁵⁶.

543. Ainsi, si la connaissance est la condition *sine qua non* de la mise en œuvre de l'opposabilité en droit commun, elle est aussi une condition indispensable à l'opposabilité en matière d'arbitrage. De la même façon, si l'opposabilité en droit commun suppose que les tiers doivent respecter le contrat d'autrui et ne pas y porter atteinte sous peine d'engager leur responsabilité délictuelle — il faut qu'il y ait donc violation de droits pour déclencher l'opposabilité —, il est aussi exigé, pour qu'ils soient attirés à ses effets, que les tiers qui n'ont pas formellement signé le contrat contenant la clause d'arbitrage s'impliquent dans la réalisation, l'exécution ou la résiliation de ce contrat. Cela dit, les conditions de l'opposabilité en matière d'arbitrage seront examinées selon l'ordre établi par la jurisprudence, c'est-à-dire que l'on examinera tout d'abord la condition d'implication (A), avant de se pencher sur l'exigence de connaissance (B).

A. La condition d'implication du tiers

544. Les termes de la jurisprudence relatifs à la solution d'extension sont on ne peut plus explicites : « *Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans la négociation, la conclusion, l'exécution et/ou la résiliation du contrat* »⁸⁵⁷. Cette formule est intéressante, car, à la différence des autres attendus où la jurisprudence faisait référence à l'implication du tiers qu'au stade de « *l'exécution du contrat* », l'implication peut désormais être invoquée dans toutes les phases de la vie du contrat. Mais en

⁸⁵⁶ Jean Louis GOUTAL, « *L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats* », in, Journée du comité... *op. cit.*, p. 450 et s.

⁸⁵⁷ CA Paris, 16 oct. 2018, n° 16-18.843, (*Cerner*), *Rev. arb.*, 2019, p. 884, note WILLAUME, décision confirmée par Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 2020, n° 18-23.970 ; CA Paris, pôle 3, ch. 5, 2 mars 2021, n° 18-16.891, (*Rotana*).

réalité, l'examen des arrêts antérieurs démontre que la jurisprudence avait bel et bien élargi de manière nette le domaine de la notion d'implication. On peut, à titre d'exemple, lire dans l'arrêt ABS de 2007 que : « *L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* »⁸⁵⁸. Autrement dit, les litiges relatifs à un contrat peuvent parfaitement naître à la phase de négociation, au stade de la formation, à l'exécution ou après une résiliation. Du reste, peu importe la phase dans laquelle se trouve le contrat, l'implication du tiers peut être active (1), comme elle peut être passive (2).

1. L'implication active du tiers

545. On entend par implication « *active* » du tiers, l'implication qui n'a pas pour but ou intention de nuire aux intérêts des parties ni aux obligations découlant du contrat. Dans cette situation, le tiers intervient de manière positive, allant dans le sens du contrat et de ce que souhaitent les parties tout en tirant profit de son intervention. L'implication active du tiers ne peut être que « *directe* ». En effet, si l'on reprend les arrêts qui consacrent la solution d'extension, il faut constater que dans presque tous les attendus, il est toujours fait référence à « *l'implication directe* ». Bien évidemment, le critère d'implication est purement objectif. Il est tiré du comportement du tiers. Lorsque le critère d'implication est évoqué, il est possible que l'on ne mentionne pas le critère de connaissance, car ce dernier s'en déduit. En effet, si le tiers agit de manière directe, la connaissance de la clause est alors présumée, car cette présomption est née de la « *situation* » et de « *l'activité* » du tiers en cause, à moins que la clause soit insérée par référence ce qui signifie que celle-ci n'a probablement pas été portée à sa connaissance. Pour le dire autrement, l'implication active et directe du tiers induit la connaissance, mais elle sous-entend aussi l'acceptation. On aura l'occasion de revenir plus amplement sur ce point dans un titre dédié⁸⁵⁹, mais ce que l'on peut d'ores et déjà dire c'est que si la jurisprudence se contente parfois de faire référence au seul critère de l'implication, c'est qu'il représente une « *condition de base* »⁸⁶⁰ de l'extension. Certains auteurs, même si l'on n'est pas convaincu par leurs

⁸⁵⁸ Cass. civ.1^{ère}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, (*Stés ABS et AGF Iart c/Sté Amkor Technology et a.*), JCP G 2007, II, 10 118, note GOHLEN; JCP G 2007, I, 168, n° 11 et s., obs. SERAGLINI; D. 2007, p. 2077, note BOLLÉE, D. 2007, Pan., p. 180, spéc. p. 184, obs. CLAY; Rev. arb., 2007, p. 785, note EL AHDAB; RCDIP 2007, p. 798, note JAULT-SESEKE; François-Xavier TRAIN, « *Action directe et arbitrage. À propos de l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007* », *op.cit.*, p. 30.

⁸⁵⁹ V. *infra* n° 1152 et s.

⁸⁶⁰ Jean-Baptiste RACINE, *préc. cit.*

arguments⁸⁶¹, ont exacerbé l'idée que le fondement de l'extension dans la jurisprudence de la cour d'appel était la ratification de la clause d'arbitrage par le tiers qui s'implique dans l'exécution du contrat⁸⁶², ou encore que l'implication de ce dernier au contrat emporte son adhésion à celui-ci⁸⁶³. Toutefois, l'élément subjectif, à savoir la volonté, n'est pas écarté, mais relégué au second plan.

546. Par ailleurs, faut-il rappeler que la notion d'implication est, selon les termes de M. SERAGLINI⁸⁶⁴, quelque peu « *mystérieuse* » et particulièrement « *malléable* ». Il est vrai que la notion d'implication est « *une question éminemment factuelle* »⁸⁶⁵, porteuse d'incertitude et d'imprévisibilité. Le sens exact de l'implication reste effectivement flou dans la mesure où ce sens se limite seulement à une implication directe. Or, il n'est pas précisé si cette implication doit être totale ou partielle, intentionnelle ou non intentionnelle, si elle doit porter sur la totalité du contrat ou sur une partie de ce celui-ci ; ou encore si l'implication doit concerner le contrat contenant la clause ou peu importe le contrat dès lors que le tiers agit dans le cadre d'un groupement, de contrats ou de sociétés, puisqu'il est fréquent qu'un tiers s'implique dans l'exécution d'un autre contrat qui ne comporte pas de clause d'arbitrage, mais que seul le contrat-cadre la contient⁸⁶⁶. En principe, l'extension sur la base du critère de l'implication a été pour la première fois décidée dans le cadre d'un groupe de sociétés⁸⁶⁷, mais avec l'évolution de la jurisprudence, il n'est plus important que le cadre soit un groupement. La jurisprudence a maintes fois décidé une extension sur la base de l'implication sans que le contrat contenant la clause appartienne à un groupe de contrats ou de sociétés⁸⁶⁸. La solution de l'extension a donc vocation à s'appliquer à toutes situations, bien au-delà du cadre des groupements de contrats ou sociétés, mais au-delà également de l'implication active.

⁸⁶¹ V. *infra* n° 879 et s.

⁸⁶² V. en ce sens : ÉRIC LOQUIN, « *Différences et convergences...* », *op. cit.*, n° 32.

⁸⁶³ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 722, p. 706 ; Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 325, p. 248.

⁸⁶⁴ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 722, p. 706.

⁸⁶⁵ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 328, p. 250.

⁸⁶⁶ L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 déc. 2018, *Rev. arb.*, 2018, p. 847, a décidé l'extension compromissoire dans un ensemble contractuel en précisant que : « *La circonstance que l'implication du tiers dans l'exécution du contrat stipulant la clause compromissoire résulte d'obligations contractées en vertu d'un autre contrat n'exclut pas que cette application emporte extension de la clause compromissoire à ce tiers* »

⁸⁶⁷ CA Paris, 21 oct. 1983, (*Dow Chemical*), *Rev. arb.*, 1983, p. 98, note CHAPELLE : « *Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propre qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles existant entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage, dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait. Cet engagement trouve également sa source dans la notion de groupe de sociétés dès lors qu'il apparaît que la défenderesse a toujours été en relation d'affaires avec une personne présidant un groupe de sociétés formant un ensemble ayant une existence juridique et une indépendance partielle, tout en étant lié dans une unité économique soumise à un pouvoir unique* ».

⁸⁶⁸ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 326, p. 249.

En effet, l'extension compromissoire s'applique de la même façon lorsque l'implication des tiers est passive.

2. L'implication passive du tiers

547. À l'opposé de l'implication active, l'implication passive peut être définie comme l'action de s'immiscer⁸⁶⁹ dans un contrat avec l'intention d'en tirer profit, ou d'y nuire, en dépit et au mépris des intérêts des parties signataires et des obligations contractuelles. Pour le dire autrement, le tiers se mêle et s'ingère de manière déloyale dans le contrat afin d'en tirer avantage, et ce, sans prendre en considération les intérêts des parties ni les conséquences de son immixtion.

548. L'implication passive, à la différence de l'implication active, peut être « directe », comme elle peut être « indirecte ». Il a été jugé par exemple dans l'affaire CCI n° 2375⁸⁷⁰ qu'« il suffit que les sociétés aient participé indirectement à l'exécution du contrat litigieux pour que l'implication soit caractérisée »⁸⁷¹. La raison à cette suffisance peut être imputée au caractère factuel et imprécis de la notion d'implication. Il faut remarquer que l'imprécision de la notion a pour conséquence une divergence d'appréciation. Ce que les arbitres pourraient considérer comme étant une implication directe peut être vu par les juges étatiques comme une implication indirecte et *vice-versa*. Pour éviter que les arbitres et les juges adoptent une solution divergente à propos de l'extension, qui n'est en principe décidée que sur la base d'une implication directe, la jurisprudence a pu admettre, dans certaines circonstances, l'implication indirecte, notamment en cas de fraude, qui est souvent rencontrée. En effet, l'immixtion d'une tierce personne peut se faire de façon dissimulée : tel est le cas dans des opérations de prête-nom ou de sociétés-écrans.

549. Les agissements indirects, par personne interposée, ont ainsi caractérisé l'implication et conduit la cour d'appel, dans l'affaire *Orri*, à étendre la clause d'arbitrage à la personne qui exécute véritablement le contrat, en l'occurrence ici M. *Orri*, et non à celle qui est déclarée signataire, surtout lorsqu'elle agit au nom du bénéficiaire. Dans cette affaire où il était question d'une opération de prête-nom, la cour d'appel a qualifié de « *subterfuge, constitutif de fraude, destiné à dissimuler le*

⁸⁶⁹ Nous préférons utiliser l'expression immixtion, car elle renvoie à un sens négatif de l'intervention.

⁸⁷⁰ Sentence CCI, n° 2375, 1975 ; *JDI* 1976, p. 973, *obs.* DERAÏNS.

⁸⁷¹ Jean-Claude DUBARRY et Eric LOQUIN, *note sous* CA Paris, 11 janv. 1990, *RTD Com.*, 1992, p. 596.

véritable contractant, que celui-ci s'est effacé pour laisser place au signataire déclaré »⁸⁷². La cour d'appel, puis la Cour de cassation⁸⁷³ ont donc confirmé que l'implication indirecte de M. Orri justifiait l'extension compromissoire. D'autres affaires se rangent du côté de cette solution, notamment la jurisprudence *Abela* et *Dallah*, qu'on aura l'occasion de voir lors de l'analyse qui sera dédiée à l'extension compromissoire en raison du comportement du tiers⁸⁷⁴.

550. En somme, bien que l'implication, active ou passive, soit un critère objectif qui semble suffire à lui seul pour justifier l'extension de l'arbitrage, il faut néanmoins que ce critère soit accompagné et soutenu par le critère subjectif, c'est-à-dire la connaissance, car ces deux critères, une fois réunis, font présumer l'acceptation du tiers.

B. *L'exigence de la connaissance du tiers*

551. Toujours dans le sens de la jurisprudence, les effets de la clause d'arbitrage, prévue dans un contrat, sont étendus à toutes les personnes qui ne l'ont pas formellement signée dès lors qu'il est établi que celles-ci sont impliquées dans la négociation, la conclusion, l'exécution et/ou la résiliation dudit contrat, mais à la condition également que « *leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause* ». L'objet du présent titre va être précisément d'identifier et de passer en revue la nature de cette connaissance et son évolution vers une acceptation *spéciale* (1), avant de nous intéresser aux éléments factuels pouvant prouver cette connaissance (2).

1. Une connaissance « *présumée* » du tiers

552. **De la présomption de connaissance à la présomption d'acceptation.** La connaissance *présumée* du tiers est née, si l'on se reporte aux termes de la jurisprudence, de « *la situation* » et de « *l'activité* » du tiers en cause. En effet,

⁸⁷² CA Paris, 11 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1996, p. 245, note JARROSSON, *RTD com.*, 1992, p. 596, note DUBARRY et LOQUIN.

⁸⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n° 90-12.966.

⁸⁷⁴ V. *infra* n° 679 et s.

l'implication dans un projet économique commun, la création d'un réseau serré de rapports contractuels et la participation à l'établissement de relations d'affaires imbriquées, peuvent présumer la connaissance, et par la suite l'acceptation, par les tiers de la clause d'arbitrage. Cependant, n'est-il pas fantaisiste de justifier une décision d'une importance capitale, qui aurait pour contrecoup de priver une personne de son juge naturel, par un consentement édulcoré reposant sur une double présomption? Deux arguments sont avancés en ce sens. Le premier, consiste à admettre la solution et accepter que celle-ci ne soit finalement pas si choquante et aussi surprenante que cela puisse paraître, car, comme l'explique fort bien M. RACINE, la condition tirée de l'implication du tiers n'est pas arbitraire⁸⁷⁵. De fait, le tiers ne peut être tenu par l'arbitrage « *que parce qu'il a adopté un comportement volontaire qui l'a fait nécessairement adhérer à ladite convention* »⁸⁷⁶. La même idée est également partagée par M. LOQUIN qui pense que la solution peut être fondée sur le mécanisme de ratification, car « *la ratification suppose qu'un tiers à une convention, avec l'accord des parties initiales, accepte d'être lié par cette convention. Ce faisant, ce tiers en ratifiant la convention sera lié aussi par la clause compromissoire qu'elle contient* »⁸⁷⁷.

553. Le second argument, que nous défendons, consiste à écarter le mécanisme d'adhésion par ratification, car ce dernier est très peu convaincant⁸⁷⁸. En effet, le mécanisme est inadéquat, puisque, d'un côté, il n'est pas exigé par la jurisprudence que le tiers exécute, à proprement dit, une partie du contrat contenant la clause. D'ailleurs, en présence d'un ensemble contractuel, il est fort probable que le tiers s'implique ou s'immisce dans un autre contrat que celui contenant la clause, mais qu'en raison de l'indivisibilité qui caractérise les ensembles contractuels, le tiers sera concerné par les effets du contrat principal dans lequel sont souvent insérées les clauses processuelles⁸⁷⁹. De l'autre côté, si la ratification suppose, selon les mots de M. LOQUIN, un accord des parties et une acceptation par le tiers d'être lié par la convention contenant la clause, qu'en sera-t-il alors de ce mécanisme si le tiers n'obtient pas l'accord des parties ou s'il ne prend pas connaissance de l'existence de la clause? Bien évidemment, l'adhésion par ratification ne pourrait être validée.

554. De plus, si l'on admet que le tiers adhère au contrat parce qu'il l'a ratifié, il deviendra alors partie au contrat et subira donc l'effet obligatoire et non

⁸⁷⁵ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 327, p. 250

⁸⁷⁶ *Id.*

⁸⁷⁷ Éric LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, n° 155, p. 156.

⁸⁷⁸ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 722, p. 706 et s.

⁸⁷⁹ V. en ce sens : *Id.*

l'opposabilité et sera alors concerné par toutes les clauses contractuelles. Or, le tiers, comme on l'a vu plus haut⁸⁸⁰, est une partie médiate, c'est-à-dire une partie à l'instance et non à la convention d'arbitrage. L'adhésion ne peut être par conséquent admise pour justifier le consentement du tiers, car approuver cela, sans se soucier de la volonté des parties et faire fi des conditions qui valident le mécanisme d'adhésion, c'est admettre un risque d'insécurité juridique pour les parties, ce qui revient, *in fine*, à qualifier tout contrat formé par les parties signataires, et ayant subi l'immixtion d'un tiers, de contrat prévu pour être ouvert à autrui ou, ouvert à l'adhésion de potentiels contractants. Or, au stade de la conclusion, les parties sont loin d'imaginer ou de prévoir une telle éventualité. C'est la raison pour laquelle l'analyse ne doit pas aller, selon nous, au-delà du critère d'implication qui renseigne parfaitement, suivant la situation et l'activité commerciale dans lesquelles se trouvent les antagonistes, sur la connaissance du tiers dont on déduira par la suite son acceptation. Acceptation certes présumée, mais que nous élevons au rang d'acceptation tacite⁸⁸¹.

555. En réalité, l'analyse doit se faire en opérant un rapprochement avec la condition de connaissance telle que nous l'avons présentée pour la mise en œuvre de l'opposabilité en droit commun. Effectivement, l'engagement de la responsabilité délictuelle du tiers, conséquence de l'opposabilité du droit commun, ne se justifie pas par le mécanisme d'adhésion, même s'il faut reconnaître qu'il y a eu des tentatives jurisprudentielles pour engager la responsabilité contractuelle du tiers, car les juges estimaient que ce dernier était concerné par l'effet obligatoire de l'acte violé.

556. Il faut tout de même noter que la seule différence qui existe entre l'opposabilité en droit commun et l'opposabilité en droit de l'arbitrage, c'est que la mise en œuvre de l'opposabilité en droit commun se contente de la connaissance — *de facto* ou *de jure* — sans qu'il y ait besoin d'aller chercher l'acceptation du tiers. En matière d'arbitrage, le raisonnement est différent, la recherche du critère volontariste est nécessaire puisque le consentement est la pierre angulaire de l'arbitrage. À défaut de consentement, l'arbitrage n'existerait pas ou serait forcé. Et de la connaissance à l'acceptation, il y a qu'un seul pas. Si un tiers connaît l'existence du contrat et de la clause qui y est insérée et décide de s'impliquer, il démontre alors que son comportement est volontaire. À *contrario*, s'il ne prend pas connaissance de l'existence de la clause alors qu'il s'est impliqué, il ne pourra être concerné par les effets de celle-ci, car il est difficile de savoir si son comportement sera influencé

⁸⁸⁰ V. *supra* n° 473 et s.

⁸⁸¹ V. *infra* n° 1154.

lorsqu'il aura connaissance de l'existence de la clause. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la jurisprudence rattache la condition d'implication à la condition de connaissance, *a fortiori* dans le cas des contrats où la clause d'arbitrage est prévue par référence.

557. Précisons que si la présomption de connaissance de la clause est née de la situation et de l'activité du tiers en cause, il faut admettre que cette présomption repose sur des éléments éminemment factuels. Ces éléments suffisent à induire et à fonder une supposition, en l'occurrence ici la connaissance. La connaissance du tiers a même été qualifiée, par certains auteurs, de présomption irréfragable⁸⁸², c'est-à-dire une présomption qui ne peut être combattue par aucune preuve contraire⁸⁸³. En revanche, les éléments factuels posent la problématique d'interprétation et de preuve, car tout va dépendre des circonstances de chaque affaire, du comportement du tiers et des conséquences que l'on est en droit d'en tirer. C'est ce que nous verrons dans les développements suivants.

2. Interprétation et preuve de la connaissance du tiers

558. Selon M. LALANDE, « *la présomption est une supposition fondée sur des signes de vraisemblance ou encore une anticipation sur ce qui n'est pas prouvé* »⁸⁸⁴. Pour le Doyen GENY, la présomption est une « *opération intellectuelle, consistant à dissiper les incertitudes ou les troubles des situations et des concepts, au moyen d'une affirmation audacieuse, qui tranche violemment le débat possible dans le sens le plus conforme à ce que l'ordre des choses permet normalement d'attendre* »⁸⁸⁵. D'une certaine manière, la présomption est la conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu — l'implication du tiers au contrat — à un fait inconnu — la connaissance par le tiers de l'existence de la clause contenue dans ce contrat —⁸⁸⁶. La présomption fait donc partie des modes de preuve au même titre que l'écrit, le témoignage, l'aveu ou le serment.

⁸⁸² Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 325, p. 248.

⁸⁸³ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 795, v. *Présomption irréfragable*.

⁸⁸⁴ André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, 1926, vol. II, v. *Présomption*.

⁸⁸⁵ François GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. III et IV, Sirey, 1921, p. 266.

⁸⁸⁶ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 795, v. *Présomption*. V. également : l'ancien art. 1349 du Code civil.

559. Si la présomption permet de pallier la carence de preuve par l'établissement d'un fait inconnu à partir d'un fait connu⁸⁸⁷, la question de la preuve ne se pose pas en matière de connaissance. En revanche, l'élément factuel connu — l'implication au contrat — dont on établit le fait inconnu — connaissance de la clause — est susceptible d'interprétations divergentes, ce qui pourrait relativiser cette présomption, et, *in fine*, avoir des conséquences sur le critère volontariste du tiers. Au fond, ce qui pose difficulté, au surplus de l'interprétation de l'implication du tiers, est l'interprétation de l'intention de tous les protagonistes y compris celle des parties. En effet, l'intention — volonté interne — permet de compléter la volonté déclarée⁸⁸⁸. Pour les parties, la volonté interne et la volonté déclarée se manifestent formellement par la signature de l'acte, tandis que pour les tiers seule la volonté déclarée peut être identifiée ; elle est présumée à partir de l'implication. Mais puisque l'interprétation de l'implication reste subjective, malléable et dépend des circonstances de chaque espèce, il est possible de tirer d'un même fait des solutions opposées. C'est ce que l'on constate à la lecture de l'affaire *Abela*⁸⁸⁹. Dans cette affaire, devant le tribunal arbitral, les arbitres se sont déclarés incompétents à l'égard de certaines parties à l'instance en les désignant comme des tiers à l'instance, alors que les juges du fond, et après avoir annulé la sentence, ont jugé que ces personnes devaient être attirées à l'instance arbitrale et ainsi subir les effets de la convention d'arbitrage. La même divergence de position a été relevée dans l'affaire *Dallah*⁸⁹⁰. En effet, après que les juges français eurent confirmé la décision du tribunal arbitral qui a rendu une sentence validant l'extension compromissoire à l'égard de l'État pakistanais, qui déclarait être tiers à la clause d'arbitrage, les juges anglais, saisis pour une demande d'exéquatur de la sentence, décident d'adopter une solution contraire, pourtant en application de la loi française⁸⁹¹.

560. Nous aurons de toute manière l'occasion de revenir plus en détail sur ces éléments, mais nous concluons en disant que pour décider l'extension compromissoire, l'acceptation du tiers doit être un critère primordial. Cette acceptation serait présumée si l'on se suffit au critère d'implication. Or, confortée par

⁸⁸⁷ Anne-Blandine CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Limoges, 2010, p. 35.

⁸⁸⁸ V. en détail : *infra* n° 1154.

⁸⁸⁹ CA Paris, 22 mai 2008, *JCP* 2008, I, 222, n° 7, obs. SERAGLINI ; *D.* 2008, p. 3117, obs. CLAY ; *Rev. arb.*, 2008, p. 730, note TRAIN.

⁸⁹⁰ CA Paris, 17 fév. 2011, (*gouvernement du Pakistan, ministère des Affaires religieuses c./Sté Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*), *Rev. arb.*, 2012, p. 369, note TRAIN ; *JDI* 2011, p. 395, note MICHOU ; *Gaz. Pal.*, 15-17 mai 2011, p. 16, obs. BENSUAUDE ; *JCP* 2011, p. 2541, obs. SERAGLINI ; *LPA* 2011, n° 225 et s., p. 5, note DELANOY ; *CAPJIA*, 2011, p. 433, note CUNIBERTI ; *D.* 2011, Pan. 3023, obs., CLAY.

⁸⁹¹ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 328, p. 251.

la condition de connaissance, l'acceptation sera promue au rang d'acceptation tacite ; suffisante, selon la majorité de la doctrine, pour décider l'extension des effets de la clause d'arbitrage à l'égard des tiers non-signataires.

Conclusion de la section II

561. Les solutions dégagées dans les développements précédents peuvent être résumées très simplement. Deux éléments fondamentaux : l'un facilite la réception du principe d'opposabilité en droit de l'arbitrage, l'autre la justifie. Le premier est basé sur la nature juridique de la convention d'arbitrage. Le second a trait à la similitude entre les conditions exigées pour la mise en œuvre de l'opposabilité en droit commun et celles exigées en droit de l'arbitrage. En ce qui concerne la nature juridique de convention d'arbitrage, nous nous sommes employés à démontrer que les critères d'accessoriété et d'autonomie de la convention d'arbitrage permettent de doter celle-ci d'une efficacité complète. Efficacité qui n'est pas sans conséquences sur le principe d'opposabilité. En effet, si le critère de l'autonomie permet simultanément de rendre la clause d'arbitrage invulnérable face aux causes susceptibles d'anéantir le contrat principal et de la détacher de toute loi étatique, lorsque la clause d'arbitrage est internationale, et que le critère d'accessoriété autorise sa transmission automatique, la réception de l'opposabilité se trouve alors facilitée. Facilitée seulement, car les critères essentiels restent tout de même l'exigence d'implication et de connaissance. Qu'elle soit active ou passive, l'implication présume la connaissance et l'acceptation tacite du tiers. L'opposabilité se révèle ainsi en substance facilitée et justifiée, ce qui met fin aux conjectures liées à la réception de ce principe en droit de l'arbitrage.

Conclusion du chapitre II

562. Pour confirmer la réception du principe d'opposabilité en matière d'arbitrage, il a fallu se détacher de certains arguments et justifications avancés par une partie de la doctrine. Ces arguments consistent tantôt à remettre en cause la réception du principe d'opposabilité en matière d'arbitrage, tantôt à en réduire le champ d'application, pour le cantonner au seul droit commun sous prétexte que

l'opposabilité ne peut trouver application en matière processuelle, ou plutôt que ses fonctions sont dénuées de sens.

563. Dans un premier temps, nous nous sommes montrés réfractaires à l'idée selon laquelle il ne peut être attribué à l'opposabilité une autre fonction que la fonction-sanction ou la fonction-probatoire. On ne peut évidemment pas nier que ces deux fonctions trouvent tout leur sens en droit commun, mais cela ne justifie pas pour autant qu'elles soient inapplicables ou dénuées de sens en matière processuelle. Pour la réception du principe, il faut nécessairement doter l'opposabilité d'une fonction-attraction découlant de la fonction-sanction.

564. Ensuite, pour frayer un chemin à la fonction-attraction de l'opposabilité en matière d'arbitrage, il était essentiel d'apporter quelques précisions pour clarifier la notion de tiers et son évolution en une « *partie à l'instance arbitrale* ». Nous avons donc mis en évidence que le tiers n'est pas une partie à la convention d'arbitrage, mais bien une partie à l'instance. C'était le sens de la distinction que nous avons faite entre la notion de parties immédiates et celle de parties médiates. Ces précisions nous ont amené sur le terrain de la définition des sujets de l'opposabilité en matière d'arbitrage. Il nous est effectivement apparu important d'exclure du champ de cette étude les personnes qui, après avoir été tierces au contrat contenant la clause, deviennent des parties à ce contrat puis parties à l'instance arbitrale, en raison des mécanismes qui opèrent un transfert universel ou à titre universel des droits et des obligations.

565. Cette première étape nous a donc permis d'élaborer un schéma expliquant que les incertitudes susceptibles de mettre en doute la réception du principe d'opposabilité en droit de l'arbitrage ne sont en réalité qu'apparentes. Cependant, le rejet des arguments fustigeant la réception de l'opposabilité en droit de l'arbitrage et la proposition de solutions tendant à faciliter la réception ne sont pas suffisants à justifier la réception. Effectivement, il nous a fallu démontrer le bien-fondé de cette réception. C'était la tâche que nous nous sommes donnés de réaliser dans une seconde étape.

566. Si l'on s'accorde à dire que les arguments tendant à troubler la réception ne sont en réalité pas convaincants et fondés sur des conjectures, ce qui est déjà un premier pas vers la réception, la nature juridique de la convention d'arbitrage constitue un argument supplémentaire qui va dans le sens de la réception, car les caractéristiques de la convention d'arbitrage ont des conséquences directes sur le

principe d'opposabilité. En effet, que ce soit l'autonomie ou l'accessoriété de la convention d'arbitrage, ces deux attributs viennent donner à la clause d'arbitrage une efficacité complète. Efficacité qui vient au soutien de l'opposabilité.

567. Mais le bien-fondé de la réception trouve son intérêt lorsque nous avons fait le rapprochement des conditions de mise en œuvre de l'opposabilité en droit commun avec celles exigées en droit de l'arbitrage. L'implication et la connaissance du tiers, dont on présume l'acceptation, étant les deux éléments de rigueur pour l'extension des effets de la clause d'arbitrage, et sont aussi les mêmes conditions que l'on exige en droit commun.

Conclusion du titre I

568. Au terme de ce premier titre, il apparaît clairement que le sens donné au principe de l'opposabilité, à savoir l'aptitude d'un acte à faire rayonner ses effets juridiques à l'égard des tiers, n'est pas propre qu'au droit commun, il se retrouve également en droit de l'arbitrage. En effet, si l'opposabilité est considérée comme un principe juridique à part entière et non comme un simple phénomène de droit, elle doit de toute évidence produire ses effets en droit de l'arbitrage, car lorsque l'on qualifie un concept de « *principe juridique* », celui-ci doit être d'application dans toutes les disciplines du droit. On ne peut ainsi se contenter d'une application sélective du principe d'opposabilité. En revanche, il est tout à fait audible d'affirmer que les « fonctions » d'un principe peuvent varier légèrement d'une discipline à l'autre. C'est exactement ce que nous avons tenté d'expliquer avec le principe d'opposabilité en droit de l'arbitrage.

569. L'opposabilité a deux fonctions majeures en droit commun. Elle est à la fois un instrument à la disposition des parties leur permettant de sanctionner le comportement déloyal d'un tiers, mais aussi un moyen à la disposition des tiers pour que ces derniers puissent se prévaloir d'un contrat pour apporter la preuve d'un fait juridique. Mais pour que le principe d'opposabilité trouve tout son sens en droit de l'arbitrage, il était d'abord nécessaire de maintenir les deux fonctions dites traditionnelles de l'opposabilité, car contrairement à ce que pense une partie de la doctrine, les deux fonctions ne sont pas dénuées de sens en matière processuelle. Ensuite, nous avons proposé une nouvelle fonction au principe d'opposabilité en

droit de l'arbitrage, il s'agit de la fonction-attraction. Cette nouvelle fonction, découlant en réalité de la fonction-sanction du droit commun, consiste à étendre les effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers qui ont démontré d'une implication active ou passive afin que l'arbitre puisse se saisir de tous les éléments du litige pour décider de sanctionner ou non le tiers en cause.

570. L'attribution d'une nouvelle fonction au principe de l'opposabilité en vue de sa réception en droit de l'arbitrage semble naturelle, car le principe accepte déjà plus d'une fonction en droit commun. Mais pour justifier et faciliter cette réception, nous avons fait d'abord état des obstacles susceptibles de la troubler pour montrer, ensuite, que ces barrières n'obstruent qu'en apparence l'application du principe d'opposabilité en matière d'arbitrage. Ainsi, nous avons pu trouver une réponse aux ambiguïtés terminologiques et imprécisions théoriques en proposant une redéfinition de la nature de la convention d'arbitrage et en réfutant toutes les critiques relatives aux fonctions de l'opposabilité. Nous avons aussi apporté quelques précisions à la notion de tiers tout en redéfinissant les sujets de l'opposabilité. Cette première étape était nécessaire, car elle nous a permis d'apprécier la valeur des arguments présentés, mais surtout d'amorcer l'étude des justifications allant dans le sens de la réception.

571. Nous avons bâti notre justification sur deux éléments essentiels. Le premier élément est en lien avec la nature juridique de la convention. Le second a trait aux conditions de mise en œuvre de l'opposabilité. En ce qui concerne le premier élément, nous avons démontré que les caractéristiques de la convention d'arbitrage, à savoir son autonomie et son accessoriété, dotent celle-ci d'une efficacité pleine, ce qui n'est pas sans effet sur le principe d'opposabilité. En effet, sans le principe d'autonomie-validité, la convention d'arbitrage sera alors dépourvue de son effet d'immunité et d'émancipation. Ces derniers vont agir sur l'efficacité de la convention d'arbitrage qui va permettre à la convention de se doter d'un troisième effet, qui est l'effet mobilisateur ou l'effet d'attraction — opposabilité —. L'effet d'attraction qui se réalise à travers l'extension et la transmission compromissaire. Pour le dire autrement, le principe de l'autonomie permet l'immunité et l'émancipation de la clause compromissaire. Ce principe fortifie la clause d'arbitrage et lui donne toute son efficacité d'où l'effet d'attraction qui se réalise soit par l'extension de la clause soit par sa transmission contractuelle.

572. Quant aux conditions de mise en œuvre, nous avons tenté de faire ressortir au fil des explications qu'il y a une certaine similitude entre les conditions de mise en œuvre de l'opposabilité en droit commun et celles exigées en droit de l'arbitrage, ce qui est un argument non négligeable pour l'étude de la réception de l'opposabilité en matière d'arbitrage.

TITRE II : LES MÉCANISMES DU RAYONNEMENT DES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE À L'ÉGARD DES TIERS : LES INSTRUMENTS DE LA RÈGLE DE L'ATTRACTION

573. L'opposabilité de la convention d'arbitrage a pu trouver, à travers l'analyse des caractéristiques qui lui sont propres, *une justification*. On sait désormais que la transmissibilité de la convention d'arbitrage, en tant qu'accessoire de second degré, et son autonomie, sont deux principes ayant une conséquence majeure sur la convention d'arbitrage, et permettant de lui conférer une efficacité accrue. Cette efficacité, on l'a expliqué, va permettre à la convention d'arbitrage de se doter d'un effet mobilisateur ou d'attraction — opposabilité — qui va permettre à la clause d'arbitrage d'étendre ses effets aux tiers non-signataires sous les conditions que nous avons déjà précisées, à savoir l'implication et la connaissance. Cet effet d'attraction vient, selon nous, culminer l'objectif d'efficacité ; il est la dernière brique qui manque à l'édifice d'une efficacité pleine de la convention d'arbitrage.

574. Cela étant dit, l'analyse n'est pas complète si l'on ne présente pas les instruments à travers lesquels l'opposabilité de la convention d'arbitrage *se réalise*. Ce que l'on sait jusqu'à présent, c'est qu'effectivement la clause d'arbitrage est transmissible et extensible aux tiers. En revanche, on ignore les instruments et les mécanismes juridiques qui rendent cette transmission et cette extension réalisables. Et c'est justement l'objectif de ce second titre dans lequel nous mettrons en évidence certains instruments et mécanismes juridiques, bien connus de la théorie générale des obligations : les mécanismes translatifs à titre particulier, attributifs et extensifs de droits. Seront également examinés d'autres mécanismes issus de la pratique, notamment des différentes théories de l'extension admises dans des droits étrangers, mais validées par le droit de l'arbitrage international français.

575. Pour être plus explicite, nous verrons dans un premier temps, l'opposabilité de la convention d'arbitrage appréhendée selon les mécanismes translatifs à titre particulier et attributifs de droits (*Chapitre I*) et dans un second

temps, l'opposabilité de la convention d'arbitrage appréhendée selon les techniques d'extension (*Chapitre II*).

Chapitre I : L'attraction des tiers à l'arbitrage par circulation compromissaire

Chapitre II : L'attraction des tiers à l'arbitrage par extension compromissaire

CHAPITRE I : L'ATTRACTION DES TIERS À L'ARBITRAGE PAR CIRCULATION COMPROMISSOIRE

576. Plusieurs mécanismes de circulation. Puisqu'elle est indispensable à l'économie du contrat, la convention d'arbitrage, élément accessoire ou modalité du droit substantiel transmis, suit le régime juridique de l'élément principal auquel elle se rattache. La transmission de la convention d'arbitrage est donc la conséquence d'un double rapport d'accessoire à principal : la convention suit le droit d'action qui, lui-même, suit le droit substantiel.

577. Nonobstant, on ne s'étendra pas ici sur sur les éléments qui justifient une telle circulation ni sur le *pourquoi* de ces mécanismes, il s'agit plutôt d'étudier le *comment*, c'est-à-dire d'identifier les modalités et les instruments permettant une telle translation et attribution de droits. La question concerne ainsi les diverses opérations translatives de droits à titre particulier (*Section I*), mais aussi les opérations dans lesquelles le tiers recueille un droit substantiel auquel est attachée la convention d'arbitrage (*Section II*).

Section I : Les mécanismes translatifs de droits à titre particulier

Section II : Les mécanismes attributifs de droits

SECTION I : LES MÉCANISMES TRANSLATIFS DE DROITS À TITRE PARTICULIER

578. Division. Le travail de classification des catégories de tiers, que nous avons effectué antérieurement, a eu l'intérêt d'en écarter certains qui, au cours de la vie d'un contrat, acquièrent la qualité de partie au contrat. Ont été ainsi exclus de la catégorie de « *sujets de l'opposabilité* » les tiers qui bénéficient d'une transmission de la position contractuelle, c'est-à-dire les ayants cause universels ou à titre universel recevant le contrat après un décès, une cession de contrat, une fusion ou une absorption de société, ainsi que les tiers ayant adhéré à une convention ou à une personne morale. Il est donc permis de ne retenir que les tiers qui sont totalement étrangers au contrat, mais aussi ceux qui sont devenus des ayants cause à titre particulier.

579. Par ailleurs, la transmission objective des titres particuliers s'opère selon plusieurs mécanismes. La cession de créances et la subrogation en sont les opérations les plus classiques et notables (§1). En outre, avec l'évolution du droit des contrats, on a fait la découverte d'autres mécanismes juridiques particuliers mettant en relation des contractants extrêmes, il s'agit des chaînes de contrats translatifs de propriété (§2).

§1. La convention d'arbitrage transmise avec le droit de créance

580. On examinera ici deux principaux mécanismes de transfert de droits, que sont la cession de créances (A) et la subrogation personnelle (B) qui sont des modalités ayant pour effet de transférer la créance à hauteur de paiement.

A. La cession de créances

581. La jurisprudence s'est montrée, depuis plusieurs années, favorable au transfert de la convention d'arbitrage dans une cession de créances. En effet, la

transmission de la convention d'arbitrage au tiers cessionnaire d'une créance, qui devient titulaire de la créance née du contrat principal et les droits d'actions qui l'accompagne, est la conséquence de la règle de l'accessoire qui a été adoptée par la jurisprudence, aujourd'hui présente à l'article 1615 du Code civil qui dispose que : « *L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel* », dont l'article 1321 du Code civil est la traduction spéciale appliquée à la cession de créances. Aux termes de l'alinéa 3 de cet article, la cession « (...) *s'étend aux accessoires de la créance* ». La jurisprudence affirme donc d'une manière unanime que la cession de créances opère un transfert simultané au tiers cessionnaire des droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée. Pour la cession de créances de droit commun, ce principe a été affirmé d'une manière régulière dans plusieurs arrêts⁸⁹² et par la suite, et pour pallier les insuffisances de la cession de créances classique, la loi du 2 janvier 1981, modifiée par la loi du 25 janvier 1984 appelée loi Dailly, a admis la transmission de la convention d'arbitrage dans les cessions par Bordereau Dailly. En témoigne l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 20 avril 1988 dénommé *Clark international Finance*⁸⁹³, qui confirme l'opposabilité de la convention d'arbitrage à la *partie venant aux droits de l'un des contractants* suite à une cession simplifiée à une société d'affacturage.

582. D'autres arrêts se sont ralliés en affirmant clairement ce principe. On pense particulièrement à l'arrêt de la Cour de cassation, dénommé *Banque Worms*⁸⁹⁴, dans lequel la société *Sud Marine*, en vertu d'un Bordereau Dailly, avait cédé sa créance liée à l'exécution d'un contrat naval conclu avec la société *SNTM-Hyproc*. La banque *Worms*, cessionnaire, avait tenté de s'opposer à l'arbitrage en invoquant que la convention d'arbitrage qui figurait dans le contrat principal lui est inopposable et ne peut donc lui être transmise avec la créance. La première chambre civile de la Cour de cassation était donc saisie de la question relative à la transmission d'une clause

⁸⁹² CA Paris, 20 nov. 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 570 ; V. Également le transfert de la clause compromissoire dans une cession de créances classique : CA Paris, 26 mai 1993, *Rev. arb.*, 1993, p. 624, *note* AYNÈS ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 2001, *Bull. civ. II*, n° 198 ; *RTD com.*, 2002, p. 279, *obs.* LOQUIN ; D. 2002, IR p. 251. En ce qui concerne le transfert des actions en justice dans une cession de créances de droit commun : Cass. civ. 1^{ère}, 10 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n° 6 ; D. 2006., *Jur.* 2129, *note* BERT ; AJ. 365, *obs.* DELPECH ; *Defrénois*, 2006, p. 597, *obs.* SAVAUX ; *RTD civ.* 2006, p. 552, *obs.* MESTRE et FAGES ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2007, n° 811 F-P+B.

⁸⁹³ CA Paris, 20 avril 1988, (*Société Clark international Finance c./Société Sud matériel Service et autres*), *Rev. arb.*, 1988, p. 570. La cour d'appel considère que : « *que la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres, qui commandent d'en étendre l'application à la partie venant, même partiellement, aux droits de l'un des contractants, à condition que le litige entre dans les prévisions de la convention d'arbitrage* » et ajoute « *c'est à bon droit qu'en l'espèce le Tribunal a fait application de la clause d'arbitrage à l'ensemble du litige né à l'occasion du contrat de concession conclu entre SMS et CLARK BOBCAT EUROPE, cette clause étant opposable à la SOCIÉTÉ CLARK INTERNATIONAL FINANCE (tiers) dans la mesure où cette société se prévaut en qualité de cessionnaire de l'un des contractants, d'une créance née de l'exécution du contrat* ».

⁸⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, n° 96-20.202, *Bull. civ. I*, n° 1, *Rev. arb.*, 2000, p. 85.

compromissoire contenue dans le contrat principal en cas de cession Dailly de la créance née de ce contrat. La Cour de cassation approuve la décision de la cour d'appel et répond en disant que : « *La clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé* ». Peu de temps après, la Cour de cassation est venue confirmer cette décision le 19 octobre 1999, dans un arrêt appelé *Banque générale de commerce*⁸⁹⁵.

583. La jurisprudence est allée jusqu'à valider la transmission de la convention d'arbitrage détachée des droits substantiels. En effet, dans l'arrêt *Cimat*, que nous avons cité antérieurement, la Cour de cassation a décidé que : « *Qu'en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels* »⁸⁹⁶. Dans cette décision, malgré l'opposition du débiteur cédé qui arguait que la cession de créance était irrégulière, la Cour de cassation a astucieusement combiné la règle de l'autonomie de la convention d'arbitrage et son caractère accessoire pour attirer le cessionnaire à l'arbitrage. Une question éveille notre curiosité : comment expliquer la transmission de la convention d'arbitrage après l'avoir séparée du contrat principal ? L'autonomie, n'est-elle pas plutôt un obstacle à la transmission ? Car, cette solution peut conduire à la conclusion selon laquelle la convention d'arbitrage peut être cessible alors que la cession des droits substantiels n'est pas valide.

584. Même si la solution est très critiquée⁸⁹⁷, considérée illogique, insatisfaisante, voire contradictoire, il semblerait, d'après la jurisprudence, que la règle de l'autonomie permet non seulement une efficacité de la convention d'arbitrage contre les causes d'anéantissement du contrat principal, mais permet également sa transmission. Ainsi, la nullité alléguée à la transmission du contrat principal ne pourrait pas faire échec à la transmission de la convention d'arbitrage. Même si la transmission de la créance est remise en cause, la convention d'arbitrage sera transmise en tant que droit d'action autonome. En d'autres termes, la dépendance et l'indépendance de la convention d'arbitrage vis-à-vis du contrat de créance, sont deux arguments avancés à la transmission de celle-ci. Il faut

⁸⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1999, n° 97-13.253, *Rev. arb.*, 2000, p. 85.

⁸⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, (*Cimat c./ Société des Ciments d'Abidjan*), *Rev. arb.*, 2003, p. 397, note COHEN ; *RCDIP* 2002, p. 758, note COIPEL-CORDONNIER ; *D.* 2003, *somm.*, p. 2471, *obs.* CLAY ; *JCP G* 2003, I, 105, n° 10, *obs.* SERAGLINI.

⁸⁹⁷ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 213, p.259 et s., V. également, Nathalie COIPEL-CORDONNIER, note sous, Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, (*Cimat c./ Société des Ciments d'Abidjan*), *RCDIP* 2002, n° 7, p. 758, qui juge la règle évoquée dans cet arrêt de contradictoire.

comprendre par là que si le mécanisme de transmission est régulier, il justifierait la transmission de la clause d'arbitrage conformément à la règle de l'accessorité. Toutefois, si le mécanisme de transmission est irrégulier ou le contrat principal est anéanti, la transmission sera justifiée grâce à la règle de l'autonomie⁸⁹⁸. *Quid* de la transposition de ces solutions à certains mécanismes proches de la cession de créances, comme celui de la novation ?

585. Précision sur le cas de la novation. Il nous a semblé utile de s'intéresser à la novation par changement de créancier. Il a été admis dans une décision de la Cour de cassation que la convention d'arbitrage contenue dans un contrat ayant fait l'objet d'une novation par changement de créancier survit à cette novation et donc se transmet au nouveau créancier. Ainsi, l'arrêt dispose-t-il que : « *La novation, à la supposer établie, ne peut avoir pour effet de priver d'efficacité la clause compromissoire insérée dans un contrat* »⁸⁹⁹. Cette décision n'était pas isolée⁹⁰⁰, mais nous n'avons pas relevé de décisions similaires depuis la réforme de 2016, probablement en raison des dispositions de l'alinéa premier de l'article 1334 du Code civil qui énonce que : « *L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires* ». Bien que le principe de l'autonomie confère à la convention d'arbitrage une efficacité au point qu'elle survit à la disparition du contrat et peut être transmise indépendamment, il ne peut, à notre avis, trouver application dans le cas de la novation, car il ne s'agit pas d'une cause d'anéantissement du contrat, mais d'un mécanisme conventionnel qui exige le consentement des parties pour pouvoir substituer une obligation ou une personne par une autre nouvelle, ce que l'on appelle *l'animus novandi*, ou la volonté de nover. La novation opère donc un effet *extinctif-crétif* et non un effet *translatif* du contrat ou de l'obligation. Nous pensons qu'il est difficile de généraliser la solution de la jurisprudence de 1988.

B. *La subrogation personnelle*

⁸⁹⁸ Sur la transmission de la convention d'arbitrage détachée de celle des droits substantiels, MM. SERAGLINI et ORTSCHIEDT ont tenté de proposer une justification selon le principe de compétence-compétence. En effet, selon ces deux auteurs : « *Cette curieuse solution est probablement motivée par le souci de permettre au tribunal arbitral de juger lui-même de la validité de la transmission des droits substantiels (...)* », in, *Id.*

⁸⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 139 ; D. 1988, IR 145 ; *Rev. arb.*, 1988, p. 639, note JARROSSON.

⁹⁰⁰ V. Aussi, CA Paris, 11 juin 1998 ; Cass. com., 22 mai 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 146, note ANCEL.

586. Nous avons déjà eu l'occasion d'aborder le mécanisme de subrogation qui est, rappelons-le, un mécanisme qui opère substitution d'une personne à une autre dans un rapport juridique lorsque la subrogation est personnelle, ou d'une chose à une autre en lui empruntant sa condition juridique lorsqu'elle est réelle. Le sujet ou l'objet de l'opération obéissent au même régime que l'élément qu'ils remplacent.

587. Il y a donc subrogation personnelle dans la situation de « *substitution d'une personne dans les droits attachés à la créance dont une autre était titulaire, à la suite d'un paiement effectué par la première entre les mains de la seconde* »⁹⁰¹. Cette opération à caractère hybride, qui tient à la fois du paiement et du transfert de créance, a divisé la doctrine sur sa nature. Il faut dire que la subrogation se distingue des autres mécanismes comme ceux de la cession de créances ou de la novation par changement de créancier. Certes, la parenté⁹⁰² avec la cession de créances est évidente, car dans les

⁹⁰¹ Jacques MESTRE, *La subrogation personnelle, op. cit.*, p. XXVII.

⁹⁰² Qu'elle soit légale (1346 du Code civil) ou conventionnelle (1346-1 et 1346-2 du Code civil), la subrogation produit les mêmes effets et réalise à la fois un effet extinctif et translatif de la créance. Cela signifie que la créance en cause est transmise, par l'effet du paiement, du titulaire originel au *solvens*. Celui-ci devient ainsi le nouveau créancier du débiteur et bénéficie de tous les accessoires de la créance transmise. Pour plusieurs auteurs (V. Par ex., Marcel PLANIOL et George RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 1928, p. 171), le régime de la subrogation joue la fonction et produit les mêmes effets qu'une opération de cession de créances en ce qu'elle transmet la créance et ses accessoires au cessionnaire. Par souci de cohérence, les courants doctrinaux ont essayé de justifier cette similitude. Pour certains auteurs — Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, éd., 4^{ème} Montchrestien, 1999, n° 739, p 463 et s.; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Droit civil, Les obligations : Le rapport d'obligation*, t. III, Armand Colin, 1999, n° 367, p 228 et s.; Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, *Les obligations*, n° 381, p 347 et s.—, la subrogation fut étudiée sous le prisme de la cession de créances, bien qu'exceptionnellement certains auteurs — Jean CARBONNIER, *Droit civil : Les obligations*, t. IV, éd. 22^{ème}, PUF, 2000, qui reconnaît qu'il serait peut-être réaliste de traiter aujourd'hui la subrogation, plutôt comme un mode d'extinction des obligations, c'est-à-dire comme un transfert de créance réalisé sur la base d'un paiement — conservent la place traditionnelle de la subrogation en l'envisageant à la suite du paiement. Néanmoins, si l'originalité des effets de ce mode de transmission vis-vis de la cession n'est pas contestée, tous constatent que ces différences se justifient difficilement au regard de sa nature. Ainsi, la doctrine contemporaine admet que la subrogation soit un mode de transmission à l'instar de la cession de créances, mais n'en tire pas de conséquences quant à son régime.

L'autre élément est de nature fonctionnelle, celui relatif à l'intention spéculative. Effectivement, la subrogation exclut le caractère spéculatif de l'opération ; le subrogé s'acquitte entre les mains du subrogeant d'une somme égale au montant de la créance transmise. Contrairement à la cession de créances où elle s'est organisée autour de l'approbation de la spéculation. Nonobstant, la subrogation a, aujourd'hui, perdu sa principale caractéristique, la bienveillance. Sous l'empire des nouveaux textes, elle se présente comme une alternative aux formalités contraignantes du droit commun de la cession de créances ; elle n'exclut pas la réalisation d'une opération spéculative à l'image des opérations de subrogation *ex parte creditoris*. En effet, ce mode de subrogation est fréquemment utilisé par les sociétés d'affacturage. Ces dernières permettent à leurs clients de mobiliser leurs créances commerciales pour obtenir un crédit. Cette mobilisation est généralement effectuée par subrogation. Ces sociétés paient les créances de leurs clients et se trouvent subrogées dans leurs droits afin de recouvrer les créances auprès des débiteurs de leurs clients. Il a été relevé que la subrogation n'est alors pas utilisée pour favoriser le report d'une dette réglée par autrui sur son débiteur final. La subrogation devient davantage le « *cadre juridique d'une opération s'apparentant à une cession de créances à titre d'escompte* », in, Jérôme FRANÇOIS, *Les obligations : Régime général*, éd. 2^{ème}, Economica, 2011, n° 458.

La subrogation *ex parte debitoris* au même titre que la subrogation *ex parte creditoris* concourent aux mêmes fins de spéculation. En effet, ce mécanisme permet au débiteur de convenir avec un tiers prêteur que ce dernier se trouvera subrogé dans les droits de son créancier à son encontre. Ceci étant et sans qu'il y ait besoin d'énumérer les conditions de validité pour écarter les risques de fraudes — *si la subrogation est réalisée avec le concours du créancier, celle-ci doit être expresse et le créancier doit donner une quittance qui indique l'origine des fonds* —, il apparaît clairement que la plus-value est l'instigatrice première de toute intention comme c'est le cas, par exemple, lorsqu'il a remboursement anticipé d'un prêt, réalisé avec le concours du débiteur, dans la mesure où le solvens n'a pas acquitté les intérêts dus au titre de la période postérieure à son paiement il ne recueillait pas le droit au paiement de ses intérêts. En d'autres termes, les intérêts conventionnels initialement stipulés cessent de courir au bénéfice du subrogé et peuvent continuer avec le tiers prêteur dans les opérations de refinancement.

deux cas, une créance est transmise à un tiers avec ses caractéristiques propres et ses accessoires, toutefois, d'importantes différences distinguent les deux techniques, notamment en ce qui concerne le paiement. En effet, la cession de créances permet au cessionnaire d'exiger le paiement de la totalité de la créance cédée pour son montant nominal, indépendamment du prix de cession convenu par les parties, alors que la subrogation n'a d'effet que dans la limite du montant payé par le subrogé car il s'agit d'une modalité de paiement. La subrogation exclut donc toute idée de profits⁹⁰³. Quant à la novation par changement de créancier, cette opération opère extinction de la créance primitive ainsi que ses accessoires, comme le précise l'article 1334 du Code civil, pour permettre la création d'une créance nouvelle et d'un nouveau créancier. La novation, contrairement à la cession de créances, crée un nouveau rapport d'obligation entre le débiteur et le nouveau créancier et n'a pas pour objet un transfert de créance.

588. En somme et quoi qu'il en soit des différences qui dissocient ces mécanismes, nous retenons uniquement l'élément qui les converge, à savoir l'effet translatif. Ainsi, la créance est transmise au créancier subrogé à la date du paiement effectif⁹⁰⁴ avec ses accessoires, ses modalités, ses exceptions ou limitations et les actions dont elle est munie. Ont vocation donc à être recueillis par le subrogé : les privilèges et les sûretés garantissant la créance, ainsi que le bénéfice des actions processuelles, notamment la convention d'arbitrage, stipulées dans le contrat principal.

589. L'opposabilité des actions en justice au créancier subrogé a été très tôt⁹⁰⁵ admise par la jurisprudence qui l'a affirmée d'une manière constante en considérant que le subrogé « dispose de toutes les actions qui appartenaient au créancier et qui se rattachaient à cette créance immédiatement avant le paiement »⁹⁰⁶. En matière d'arbitrage

⁹⁰³ Dans ce type de situation, l'intérêt est souvent moral, mais aussi juridique et financier. Sans qu'il y ait besoin d'exciper les motivations d'ordre moral propres au solvens en raison de ses relations de parenté avec le débiteur. La subrogation personnelle et dans ce cas en particulier, va fournir au solvens les garanties qui avaient été constituées au profit du créancier, sans modifier la situation du débiteur. En effet, le subrogé reçoit les droits du créancier avec tous ses accessoires : sûretés, privilèges, actions en justice, etc. En revanche, l'intérêt juridique suppose une forme de lien juridique entre le solvens et l'accipiens ou entre le solvens et le débiteur. Le payeur dispose donc d'un intérêt à l'effectuer pour sauvegarder sa propre situation. Tel est le cas par exemple pour le paiement de la dette d'un codébiteur conjoint, afin d'éviter que le créancier puisse soulever une exception d'inexécution.

⁹⁰⁴ Le paiement effectif de la créance marque selon l'article 1645-5 alinéa 2 du Code civil la date à compter de laquelle la subrogation est opposable aux tiers et aux parties. Antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016, on peut citer quelques jurisprudences allant dans ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2008, *Bull. civ. I*, n° 171 et Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, *Bull. civ. I*, n° 50.

⁹⁰⁵ Cass. com., 12 juill. 1950, *Bull. civ. II*, n° 258.

⁹⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 1983, *Bull. civ. I*, 1983, n° 291, p. 260 ; *RTD civ.*, 1984, n° 9, p. 717 ; V. en ce sens : Franck AUCKENTHALER, « Le droit du subrogé aux intérêts de la créance », *D.* 2000, *chron.*, p. 171.

international, la jurisprudence est sans conteste foisonnante à ce sujet⁹⁰⁷, mais on fait souvent référence à l'arrêt *Société d'approvisionnement textiles* en date du 13 mai 1966⁹⁰⁸, qui est cité comme l'un des premiers arrêts ayant clairement approuvé l'opposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du créancier subrogé. La chambre civile de la Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel qui avait décidé que l'assureur auquel l'assuré a demandé indemnisation du préjudice subi résultant d'une avarie causée par l'armateur-transporteur, n'est, en vertu de la subrogation, habilité à exercer contre l'armateur, avec lequel il est sans lien de droit, que l'action directe appartenant à son assuré conformément au contrat de transport et, dans les limites prescrites par ce contrat. L'assureur ne peut donc demander à un tribunal de commerce de connaître de l'appel en garantie qu'il forme contre cet armateur dès lors que le contrat de transport contient une clause d'arbitrage. Dans son commentaire de cet arrêt, MEZGER relève que : « *La subrogation comporte succession non seulement dans la créance, mais aussi dans les charges grevant cette créance de l'assuré, y compris dans la charge résultant de la clause compromissoire* »⁹⁰⁹.

590. Cette solution a été également confirmée en arbitrage interne par un arrêt de la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Société Carter*. Au soutien de sa décision, la cour d'appel souligne que : « *En droit français, l'assureur qui a indemnisé son assuré en vertu de la police le liant à ce dernier est légalement subrogé dans tous les droits de celui-ci, la créance lui étant transmise avec ses accessoires, ses modalités, ses exceptions ou limitations et notamment avec la clause compromissoire, dont il est dès lors fondé à se prévaloir et qui s'impose à lui* »⁹¹⁰. Toujours est-il que la transmission de la convention d'arbitrage dans une subrogation ne manque pas de soulever quelques interrogations. Il s'agit de se demander si le subrogeant est définitivement exclu de la procédure d'arbitrage. Peut-il se prévaloir de la convention d'arbitrage insérée dans le contrat, alors que la créance a été transmise au subrogé ? Et que penser du paiement partiel effectué par le subrogé ? Subrogé et subrogeant deviennent-ils tous les deux, et en même temps, parties à l'arbitrage ?

⁹⁰⁷ V. par exemple : CA Orléans, 16 juin 1983, *JCP éd. G, II*, 1984, 20 130 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 285, note LOQUIN ; Cass. com., 3 mars 1992, *Rev. arb.*, 1992, p. 560, note DELEBECQUE ; CA Paris, 1^{ère}, Ch. suppl., 13 nov. 1992, *Rev. arb.*, 1993, p. 637, note GOUTAL ; Cass. com., 14 janv. 2004, n° 02-12818 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, (*Navire Avlis*), *Bull. civ. I*, n° 82, *RGDA* 2004, 528, note LATRON ; *Rev. arb.*, 2004, p. 843, *JDI* 2004, 1187, (2^{ème} espèce), note SANA-CHAILLE DE NERÉ ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, (*Navire Lindos*), *Bull. civ. I*, n° 420, *PA* 2006, n° 114, p. 20, avis SAINTE-ROSE ; CA Paris, 15 oct. 2008, (*United Kingdom Steam Insurance c. SA Groupama Transport*), *DMF* 2008, 1031, obs. BONNASSIES, *BTL* 2008, 684.

⁹⁰⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 13 mai 1966, *Bull. civ. II*, 1966, n° 571 ; *RCDIP*, 1967, p. 355, note MEZGER

⁹⁰⁹ Ernest MEZGER, note précitée.

⁹¹⁰ CA Paris, 6 fév. 1997, (*Société Carter c./Sté Alsthom et AGF*) ; *Rev. arb.*, 1997, p. 556, note MAYER.

591. Il est évident que la réponse à ces questions doit être considérée en termes de droits d'action transmis. La subrogation, nous l'avons dit, emporte transmission de l'ensemble des actions attachées aux droits substantiels. Le subrogeant ne reste tenu par les obligations que lorsqu'il en est le détenteur et partie au contrat principal. Une fois celui-ci transmis, le droit d'agir l'accompagne également. C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation dans plusieurs arrêts⁹¹¹, notamment en matière d'assurance en déclarant que le subrogeant n'a plus la qualité d'agir, et cela, dès lors que la subrogation est réalisée avec le paiement effectif du prix.

592. La transmission de la convention d'arbitrage peut, dans certains cas, engendrer une extension de celle-ci. Il faut imaginer une situation dans laquelle le tiers *solvens* s'est subrogé aux droits du créancier original en souscrivant à une assurance. Le subrogataire est donc tenu envers le subrogé de la créance du subrogeant. Or, il arrive parfois que le tiers *solvens* engage une procédure arbitrale dans laquelle l'assureur demande à y être inclus. Cette situation est souvent rencontrée en matière de trust⁹¹². Dans ce cas précis, l'assureur a l'obligation de former une jonction auprès de l'arbitre en indiquant les motifs de sa demande. Suivant des critères jugés pertinents⁹¹³, il appartiendra donc au tribunal arbitral de se prononcer sur son éventuelle intégration à l'instance arbitrale. Il est également fréquent que le tribunal arbitral ne parvienne pas à conclure qu'il y ait nécessité d'attirer l'assureur à la procédure, surtout si celle-ci est sur le point d'être achevée, sa demande est simplement rejetée. Aussi, la convention d'arbitrage peut être également étendue et invoquée à l'encontre de l'assureur lorsque celui-ci vient au profit du débiteur. L'explication donnée à ce mécanisme d'inclusion de l'assureur tient du fait que l'assureur peut, selon les circonstances, être assimilé à l'une des parties ou considéré comme un tiers particulier⁹¹⁴.

593. La subrogation de l'assuré par un assureur constitue sans doute un risque non négligeable, son implication dans l'instance arbitrale ne peut être que justifiée. On se demande finalement si l'assureur arrivera-t-il un jour à détenir le droit de diriger la procédure arbitrale, et se soustraire à la formalité de former jonction, au motif qu'il couvre l'assuré contre le risque arbitral et les risques liés à la procédure ?

⁹¹¹ Jean BIGOT, « Arbitrage et assurance, sous l'angle du droit français », Bull. CCI, 2000, p. 37.

⁹¹² Hervé GUYADER, « Le subrogé est seul titulaire du droit d'agir, le subrogeant en étant dépossédé », RLDA, n° 47, mars 2010, n° 2754, p. 21 et s.

⁹¹³ Le tribunal arbitral, pour statuer sur la jonction, peut tenir compte de toutes les circonstances de l'acte même celles relatives aux éléments non exhaustifs comme ceux du terme ou l'état d'avancement de la procédure.

⁹¹⁴ Jalal EL-AHDAB, « La gestion du risque arbitral par les parties », RGDA, n° 2012, p. 234.

594. Enfin en ce qui concerne l'effet de la convention d'arbitrage dans un paiement partiel, l'article 1346-3 du Code civil dispose que : « *La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* ». Il ressort de cette disposition que dans l'hypothèse où le créancier n'a reçu qu'un paiement partiel de sa créance sans avoir renoncé au surplus de sa créance, celle-ci est alors fractionnée : le subrogeant demeure titulaire de la créance à concurrence du reliquat non payé, de son côté, le subrogé ne devient titulaire de la créance qu'à concurrence de ce qu'il a payé. En revanche, en ce qui concerne l'effet de la convention d'arbitrage, celle-ci est opposable au subrogeant comme au subrogé, car la convention d'arbitrage à un effet multiplicateur et continue de s'appliquer et régir le rapport contractuel originel. L'idée même d'une « *transmission de la convention d'arbitrage* » semble, selon certains auteurs⁹¹⁵, une terminologie impropre à l'utilisation, car on ne transmet pas la clause d'arbitrage, mais on l'attache au droit initial dont la convention d'arbitrage a participé à en dessiner les contours, c'est-à-dire prévoir la justice compétente en cas de litige relativement à ce droit. L'effet juridique qu'elle produit se duplique ; on parle donc d'une transmission au subrogé d'un droit d'action configuré par la convention d'arbitrage. Cette solution a été également retenue dans les chaînes de contrats translatifs de propriété lorsque le vendeur intermédiaire n'a cédé que partiellement ses droits.

§2. La convention d'arbitrage transmise aux contractants extrêmes

595. **La transmission de la convention d'arbitrage aux contractants au bout de la chaîne.** Généralement, les contractants extrêmes sont les contractants qui font partie d'un groupe de contrats. On entend par là, les contrats qui sont liés entre eux soit parce qu'ils portent sur un même objet — chaîne de contrats —, soit parce qu'ils concourent à un même but — ensemble contractuel, sous-contrat —⁹¹⁶.

596. La question de *la transmission* de la convention d'arbitrage aux contractants extrêmes se pose qu'en présence de chaînes de *contrats translatifs de propriété*, car les contractants extrêmes « *sont des ayants cause à titre particulier les uns*

⁹¹⁵ V. en ce sens : Pierre MAYER, *La circulation des conventions d'arbitrage*, op. cit., n° 7, p. 251 et s ; Smahane AKHOUD, op. cit., n° 516, p.491.

⁹¹⁶ V. en ce sens : François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, éd. 11^{ème}, Dalloz, 2013, n° 503, p. 562.

des autres »⁹¹⁷. En effet, dans une chaîne de contrats, les conventions peuvent se former de façon homogène, c'est-à-dire que tous les contrats portent sur le même objet et sont de même nature. C'est ainsi le cas par exemple des contrats de ventes successives d'un même bien. Mais aussi hétérogène lorsque la chaîne est constituée de contrats ayant le même objet, mais de nature différente. Dans une chaîne hétérogène de contrats, on peut trouver un contrat de cession d'un fonds de commerce, un prêt destiné à financer le prix de la cession et la caution garantissant son remboursement.

597. La jurisprudence française admet de façon classique que : « *Le maître de l'ouvrage comme le sous-acquéreur jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur* »⁹¹⁸. Cette formule appartient à la Cour de cassation réunie en assemblée plénière, laquelle a considéré qu'en cas de chaîne de contrats translatifs de propriété, peu importe que la chaîne de contrats soit homogène ou hétérogène, le contractant extrême peut agir contractuellement contre un autre contractant qui n'est pas le contractant immédiat. En réalité, cette solution n'est pas nouvelle, dès 1820 les juges estimaient que le sous-acquéreur dispose d'une option pour agir contre le vendeur initial, soit sur le terrain de la responsabilité contractuelle, soit sur le terrain de la responsabilité délictuelle⁹¹⁹. Le sous-acquéreur avait le choix, car au regard du principe de l'effet relatif et de la théorie de l'autonomie de la volonté, les contractants extrêmes étaient des tiers les uns par rapport aux autres, ou comme a jugé la troisième chambre civile de la Cour de cassation, l'action dont dispose le maître de l'ouvrage contre le fabricant est de nature délictuelle, car « *en dehors de tout contrat* »⁹²⁰.

598. Or, refusant le cumul des responsabilités, la Cour de cassation est venue, dans un arrêt de 1979, trancher et admettre que c'est sur le fondement de la responsabilité contractuelle, que les contractants extrêmes doivent agir⁹²¹. Le fait de donner le choix aux contractants extrêmes entre la responsabilité contractuelle et délictuelle, confirme très tôt l'idée que la qualité des ayants cause à titre particulier, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, était confuse et que ces derniers n'étaient pas considérés complètement comme des tiers, mais des tiers

⁹¹⁷ Nadine ABDALLAH-MARTIN, « *L'extension et la transmission de la clause compromissoire : vers une lex mediterranea ?* » in, *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence*, dir. Filali OSMAN et Lotfi CHEDLY, Bruylant, 2015.

⁹¹⁸ Cass. ass. plén., 7 fév. 1986, D. 1986, p. 286, note BÉNABENT.

⁹¹⁹ Cass. civ., 25 janv. 1820, S. 29.1.213.

⁹²⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 19 juin 1984, D. 1985, n° 213, note BÉNABENT ; JCP 1985. II. 20 387, note MALINVAUD ; RTD civ. 1985, n° 406, note RÉMY.

⁹²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1979, Bull. civ. I, 1979, n° 241, p. 192 ; D. 1980, IR 222, obs. LARROUMET ; RTD civ. 1980, n° 354, obs. DURRY.

intermédiaires⁹²². Cependant, le fait aujourd'hui que l'ayant cause à titre particulier puisse agir en responsabilité contractuelle et non extracontractuelle, ne signifie pas forcément qu'il est assimilé à une partie au contrat. Il faut comprendre que c'est en raison de la nature de ces contrats, c'est-à-dire translatifs de propriété, que les contractants se retrouvent tous liés contractuellement, ce qui est exclu dans des chaînes de contrats non translatifs de propriété où le rapport contractuel entre l'entrepreneur et le sous-traitant est basé sur une prestation de service, qui consiste à fournir un travail et non un transfert de bien. Ainsi, en l'absence de transfert de propriété, les recours sont délictuels, comme en témoigne l'arrêt *Besse* de l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui a décidé que : « *Le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage* »⁹²³.

599. Ceci étant dit, en matière d'arbitrage international, la transmission de la clause d'arbitrage au sein de ces chaînes a été affirmée un certain temps uniquement pour les chaînes *homogènes* de contrats translatifs de propriété. La Cour de cassation a jugé dans l'arrêt *Peavy* que : « *Dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf de preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause* »⁹²⁴. Mais en 2007, la haute Cour est revenue à la solution de l'assemblée plénière de 1986, et a affirmé dans l'arrêt *ABS* que : « *Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne. L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* »⁹²⁵. Les enseignements qu'il faut tirer de ces deux arrêts, c'est qu'après avoir cantonné la transmission de la convention d'arbitrage aux seules chaînes de contrats homogènes translatifs de propriété, et sous réserve que le tiers ne démontre *d'une ignorance raisonnable*, la Cour de cassation s'est ravisée pour revenir à la technique de la transmission automatique et objective des accessoires, dans laquelle le consentement de l'ayant cause à titre particulier est un élément présumé, voire indifférent.

⁹²² V. en ce sens : Georges DURRY, *RTD civ.* 1969, n° 776, cité par François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 503, p. 563.

⁹²³ Cass. ass. plén., 12 juill. 1991, D. 1991, n° 25, note KULLMANN ; *JCP* 1990. II. 21 154, note BOUILLOUX-LAFFONT. V. dans le même sens, Cass. civ. 1^{ère}, 16 fév. 1994, Defrénois, 1994, note DELEBECQUE.

⁹²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, *Bull. civ.* I, n° 22, p. 15 ; *JCP*. 2001. II, 10567, note LEGROS ; D. 2001, S.C., 1135, obs. DELEBECQUE.

⁹²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, (*Stés ABS et AGF Iart c/Sté Amkor Technology et a.*), *JCP G* 2007, II, 10 118, note GOHLEN ; *JCP G* 2007, I, 168, n° 11 et s., obs. SERAGLINI ; D. 2007, p. 2077, note BOLLÉE, D. 2007, Pan., p. 180, spéc. p. 184, obs. CLAY ; *Rev. arb.*, 2007, p. 785, note EL AHDAB ; *RCDIP* 2007, p. 798, note JAULT-SESEKE ; François-Xavier TRAIN, « *Action directe et arbitrage. À propos de l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007* », *op. cit.*, p. 30.

600. La solution a été aussi réitérée en matière interne. En atteste l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation qui a confirmé dans l'affaire du gras d'ovin contaminé par la listeria que : « *D'une part, qu'il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire et, d'autre part, que dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis* »⁹²⁶. La solution est aujourd'hui acquise indubitablement⁹²⁷, la Cour de cassation n'a pas évolué sur ce point et est restée fidèle à la solution de l'arrêt de 2007. Récemment, un arrêt rendu le 9 juillet 2014 dans lequel la Cour de cassation est venue confirmer le principe de l'application objective de la convention d'arbitrage dans le cadre d'une chaîne *hétérogène* de contrats translatifs de propriété, en donnant, au surplus, la priorité à la convention d'arbitrage sur la clause attributive de juridiction stipulée dans l'un des contrats subséquents de cette chaîne⁹²⁸. En effet, après avoir approuvé le jugement de la cour d'appel, qui a statué ainsi : « *Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne* »⁹²⁹, la Cour de cassation a retenu que : « *La cour d'appel en [avait] exactement déduit que la convention d'arbitrage, qui se transmet de façon automatique en tant qu'accessoire au droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, n'était pas manifestement inapplicable* »⁹³⁰.

601. Sans qu'il y ait besoin d'aller plus loin, ce qu'il faut garder à l'esprit, c'est que dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, homogène ou hétérogène, la convention d'arbitrage est opposable au tiers — contractant extrême — du fait que la clause d'arbitrage lui a été transmise accessoirement au droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, et cela de façon automatique. Cependant, bien que les critères d'acceptation et de connaissance aient été successivement

⁹²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, (*Sté HGL c./Sté Spanghero SA et autres*), RCDIP 2008, 128, note MUIR-WATT ; Bull. ASA, 2009, 213, note SCHWENZER et MOHS.

⁹²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, 09-12.442, (*S^{ie} Refcomp SPA c./S^{ie} Axa Corporate solutions assurance et a.*) ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, n° 13-17.495, (*Carraig et Sanofi Aventis c/Bayer*) ; CA Amiens, ch. civ. 1^{ère}, 17 juill. 2018, 16-03.426, (*Marignan Habitat c. Les Couvresseurs Picards et autres*).

⁹²⁸ La cour d'appel a jugé que : « *[u] ne clause attributive de juridiction, qui a seulement pour objet de conférer une compétence subsidiaire aux juridictions étatiques dans le cas où, pour une raison quelconque, les arbitres ne seraient pas saisis ou ne pourraient pas statuer, ne saurait être interprétée comme vidant la clause compromissoire de son contenu, laquelle doit donc trouver application* ».

⁹²⁹ CA Toulouse, 6 mars 2013, n° 11-00873. La cour d'appel avait repris mot pour mot l'attendu de l'arrêt ABS de 2007.

⁹³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, 863 F-D, n° J 13-17.402, (*Assystem France c./Axa*), CAPJIA 2015, note TOMASI.

délaissés par les jurisprudences *Peavy* — dans lequel on est passé d’une interdiction de la transmission de la convention d’arbitrage sans acceptation du sous-acquéreur à un stade où sa transmission est possible, excepté le cas où il justifie de son ignorance raisonnable de la convention d’arbitrage — et *ABS* — dans lequel on a abandonné toute restriction liée à la connaissance ou à l’acceptation —, nous insistons tout de même sur la nécessité de la connaissance par les tiers de la convention d’arbitrage, car, comme nous le verrons, il se peut qu’une convention d’arbitrage soit insérée dans un autre document séparé du contrat principal et s’applique par référence. Tel est le cas de la clause d’arbitrage insérée dans les conditions générales de vente. Mais au préalable, nous allons envisager un autre mécanisme, cette fois-ci attributif de droits, dans lequel le tiers est parfois attiré à la procédure arbitrale.

Conclusion de la section I

602. La clause d’arbitrage, juridiquement indépendante en tant que convention de procédure, distincte des clauses substantielles, est transmise avec le contrat en tant qu’accessoire du droit d’action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis. La clause d’arbitrage se trouve ainsi transmise avec l’action contractuelle dans une cession de créances, dans une subrogation, ou encore transmise aux contractants extrêmes dans une chaîne de contrats translatifs. Cette transmission s’opère de façon automatique sans qu’il y ait besoin de recueillir la volonté de l’ayant cause à titre particulier.

603. Les mécanismes translatifs assurent donc la circulation de la convention d’arbitrage, indispensable dans les relations économiques, surtout internationales où l’on peut rencontrer de nombreux intervenants et où le contrat peut aisément changer de mains plusieurs fois.

SECTION II : LES MÉCANISMES ATTRIBUTIFS DE DROITS

604. On entend par attribution de droits, l'action de conférer à une personne déterminée un droit, un pouvoir ou une fonction précise. Les mécanismes qui octroient à des personnes, généralement tierces au rapport contractuel, ce type de prérogatives et susceptibles de les attirer à la procédure arbitrale sont nombreux, nous nous contenterons d'en évoquer deux catégories, à savoir les contrats pour autrui (§1) et les mécanismes permettant à un tiers de se substituer ou d'être adjoind dans un rapport contractuel (§2).

§1. Les contrats pour autrui

605. La stipulation pour autrui. Rappelons que la stipulation pour autrui est un contrat en vertu duquel une personne, appelée stipulant, obtient d'une autre, appelée promettant, qu'elle s'engage envers une troisième personne, appelée bénéficiaire. Les exemples de la stipulation pour autrui sont multiples, les plus typiques sont les garanties de passif stipulées au profit d'une société cédée dans le cadre d'une cession de parts sociales ou encore l'assurance pour compte, c'est-à-dire l'assurance en vertu de laquelle l'assureur de la chose s'engage, envers l'assuré, à indemniser celui qui aura le droit de propriété sur la chose au moment de la survenance du dommage. L'assurance pour compte est souvent utilisée dans le transport, notamment maritime. Il s'agit donc d'un mécanisme tripartite attributif et non translatif de droits. La stipulation pour autrui, comme tout autre contrat, peut contenir une convention d'arbitrage, reste à savoir si le tiers bénéficiaire peut se la voir opposer ou s'en prévaloir.

606. Pendant longtemps, doctrine et jurisprudence refusaient de faire produire à la convention d'arbitrage des effets à l'égard du tiers bénéficiaire. En effet, il a été retenu par exemple que la clause compromissoire insérée dans une stipulation pour autrui ne peut être opposable au tiers bénéficiaire et que ce dernier ne peut s'en

prévaloir pour l'invoquer contre le promettant⁹³¹. Il a été aussi admis que : « *Le tiers substitué ne devrait pas pouvoir invoquer la clause compromissoire, ni se la voir opposer, puisque sa créance contre le promettant n'est pas la même que celle qui appartenait au bénéficiaire originaire* »⁹³². D'autres auteurs avaient adopté une position profitant uniquement au tiers bénéficiaire. En effet, les tenants de ce courant doctrinal, puisque la stipulation pour autrui est un mécanisme purement attributif de droits, il est autorisé au tiers bénéficiaire de se prévaloir de la clause, dans la mesure où elle lui fait créer un droit, mais il ne peut se la voir opposer, car la convention d'arbitrage est source d'obligations lorsqu'elle est appelée à produire ses effets opposables. On était donc sur une solution à sens unique, toujours au profit du tiers bénéficiaire : la faculté de s'en prévaloir, mais de ne pas se la voir opposer.

607. Il a fallu donc attendre le 11 juillet 2006 pour qu'une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation puisse enfin trancher le débat en admettant que : « *La clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui* »⁹³³. Cependant, on s'est demandé si cette solution ne se heurte pas aux dispositions de l'article 2061 du Code civil qui exige l'acceptation du tiers pour qu'il soit partie à l'instance arbitrale, d'autant plus que l'acceptation du tiers bénéficiaire n'est pas une condition de la stipulation pour autrui. Le droit du tiers bénéficiaire est soumis à la volonté du promettant et du stipulant. Si ces derniers prévoient une convention d'arbitrage dans le contrat, le bénéficiaire ne peut pas s'y opposer. Le bénéficiaire ne devra pas en principe accepter les avantages de la stipulation pour autrui et refuser la convention d'arbitrage qui est attachée à l'ensemble des droits qui forment l'accord.

608. **La promesse pour autrui.** Une exception est à relever concernant la promesse pour autrui, notamment la promesse de porte-fort, dans laquelle l'opposabilité de la convention d'arbitrage au tiers bénéficiaire dépend de la ratification par ce dernier. Si le tiers ratifie et accepte le porte-fort, il verra la convention d'arbitrage s'étendre à lui. Le contraire est tout aussi vrai, si le tiers ne

⁹³¹ CA Paris, 27 fév. 1979, *Jurisdata* n° 152 ; Cass. com., 4 juin 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 139, note GOUTAL ; *RTD civ.*, 1986, p. 593, obs. MESTRE.

⁹³² Pierre ANCEL, note sous CA Lyon, 15 mai 1997, *Rev. arb.*, 1997, spéc. p. 412.

⁹³³ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 969, note LARROUMET ; *RTD civ.*, 2006, p. 773, obs. LOQUIN ; *JCP G* 2006, II, 10 183, note LEGROS ; *D.* 2006, pan. 3028, obs. CLAY.

ratifie pas la promesse, il est évident que la convention d'arbitrage ne lui sera pas opposable⁹³⁴.

§2. Les mécanismes de substitution et d'adjonction

609. Il y a substitution, lorsqu'une personne, le substitué, se *met* ou *agit* à la place d'une autre, le substituant⁹³⁵. En revanche, on parle d'adjonction du tiers au rapport contractuel dans une opération consistant à *ajouter* aux prérogatives qui découlent d'un contrat une autre personne initialement tierce à ce contrat. Les déclinaisons qui forment ces deux mécanismes sont nombreuses, mais nous avons choisi d'en identifier une par mécanisme et dans lesquels la jurisprudence admet le principe de l'opposabilité de la convention. Il s'agit dans un premier temps du tiers qui se substitue pour *agir* au nom et pour le compte d'une partie contractante, c'est le mécanisme de la représentation ou du mandat (A) et dans un second temps l'adjonction du tiers au rapport contractuel par le truchement du mécanisme de la délégation (B).

A. La représentation

610. **Agir en lieu et place du contractant.** Donner personnellement son consentement à la conclusion d'un acte juridique n'est pas une condition à la formation dudit acte. Il arrive parfois qu'une partie ne soit pas en mesure d'être présente physiquement à la conclusion. Dans ce cas, le législateur a prévu la représentation comme mécanisme « *palliatif permettant de remédier à l'absence physique d'une personne* »⁹³⁶. La représentation n'est pas définie dans le Code civil, mais à partir de son régime juridique, la doctrine a pu lui inférer un sens général. De ce fait, « *la représentation est un procédé juridique qui permet à une personne, le représentant, d'agir au lieu et place d'une autre personne, le représenté* »⁹³⁷. De cette définition, découle deux hypothèses : soit la représentation est parfaite, dans ce cas le tiers représentant n'agit

⁹³⁴ V. En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1992, *Rev. arb.*, 1993, p. 611, note DELEBECQUE ; *RTD com.*, 1993, p. 295, note LOQUIN.

⁹³⁵ V. en ce sens : Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 994, v. *Substitution*

⁹³⁶ Philippe PÉTEL, *Le contrat de mandat*, Dalloz, Paris, 1994, p. 4.

⁹³⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 173, p. 193.

que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été attribués comme le prévoit l'article 1153 du Code civil, c'est-à-dire qu'il n'agit que pour le compte et au nom du représenté ; les effets de l'acte conclu vont alors s'imputer sur la tête du représenté. Ici, le rôle du représentant est de rendre présent celui qui est absent⁹³⁸. Soit, la représentation est imparfaite lorsque le représentant agit sans révéler sa qualité de représentant. Il est engagé par le contrat et devra en transférer la charge et le bénéfice au représenté.

611. Il doit y avoir donc « *dissociation entre celui qui agit et celui qui supporte les effets juridiques* »⁹³⁹. La représentation parfaite ne pose pas de problème particulier : le représentant parfait est un tiers absolu au contrat ; que son pouvoir soit détenu de la loi, du juge ou suite à une convention, il doit dans tous les cas exprimer sa volonté qui est de la volonté du représenté. C'est l'hypothèse du notaire qui signe un acte en sa qualité d'officier public. Le notaire est présent, mais n'est pas partie à l'acte. Il n'est donc pas lié par l'acte. C'est aussi le cas du mandat conventionnel où le mandant donne procuration au mandataire de conclure un ou plusieurs actes juridiques en son nom. L'acte conclu produit immédiatement ses effets à l'égard du représenté. La convention d'arbitrage, insérée dans l'acte auquel le représentant a fait son devoir de représentation, ne le concerne pas, mais il reste tout de même tenu par l'obligation passive universelle qui lui incombe comme à tout un chacun, c'est-à-dire l'obligation de ne pas porter atteinte au contrat. Ainsi, par la représentation, « *l'effet obligatoire [de la convention d'arbitrage] s'applique aux représentés, qui sont partis, alors que leurs représentants demeurent tiers* »⁹⁴⁰.

612. Cela étant, il arrive parfois que le représentant commette une faute personnelle dans l'exécution de sa mission, ou dépasse le pouvoir qui lui a été attribué, dans ce cas il se verra contraint d'engager sa responsabilité envers celui, ou ceux, qui en ont été victimes. Les contractants de bonne foi peuvent donc demander son attraction à l'instance arbitrale et il revient à l'arbitre de prononcer la sanction. Cependant, dans le cas du mandat apparent⁹⁴¹, le représenté est aussi responsable devant les contractants. Dans ce cas, en application de l'article 1998 du Code civil, « *le mandant ou le représenté est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire,*

⁹³⁸ V. en ce sens : *Ibid.*, n° 175, p. 194.

⁹³⁹ Philippe DIDIER, *De la représentation en droit privé*, thèse de doctorat, droit, préf. Yves LEQUETTE, L.G.D.J, 2000, p. 117.

⁹⁴⁰ Jean-Louis GOUTAL, « *L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats* », *op. cit.*, p. 440.

⁹⁴¹ Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, JCP 1963, II, 13 605, note ESMEIN ; RTD civ. 1963. 373, obs. CORNU, *Grants arrêts*, t. 2, n° 281.

conformément au pouvoir qui lui a été donné, et il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».

613. Le représentant se voit aussi étendre les effets du contrat ainsi que ceux de la convention d'arbitrage qui y est insérée, lorsqu'il dissimule totalement — cas de *prête-nom* — ou partiellement — *commission* — sa qualité de représentant au contractant : on est alors dans une représentation imparfaite.

614. En matière d'arbitrage international, la jurisprudence française a expressément admis l'extension et donc l'opposabilité de la convention d'arbitrage aux mandataires substitués dans une affaire très complexe dont il paraît intéressant de reprendre les faits. En l'espèce, une société française de cinématographie, *Sud Pacifique*, avait conclu avec une société allemande, *Omnia*, un contrat portant sur l'exploitation exclusive de plusieurs films. Puis, ces droits ont été transférés à une seconde société allemande, *Taurus*, pour une exploitation conjointe avec une troisième société, *Beta*. Suite à la liquidation de la société française *Sud pacifique*, la société, *Les Films du jeudi*, qui avait recueilli ses droits, avait assigné devant le tribunal de commerce de Paris les sociétés allemandes en reddition de comptes en se référant au contrat initial. Le tribunal de commerce se déclare incompétent à l'égard de la société *Omnia*, en raison de la convention d'arbitrage insérée dans le contrat initial, mais non à l'égard des sociétés *Taurus* et *Beta*, et déboute la société française, *Les films du jeudi*, de toutes ses demandes.

Un appel a été donc interjeté devant la Cour d'appel de Paris. La société *Les Films du jeudi* a soutenu, en se fondant sur l'article 5 § 1 de la Convention de Bruxelles, que les relations entre les sociétés allemandes sont de nature contractuelle : le contrat de distribution de films est un contrat de mandat et l'opération est une substitution de mandataire, ce qui lui permet d'agir sur la base de l'article 1194 du Code civil — action directe —. Les sociétés allemandes rejettent à la fois la qualification de mandat et la compétence des juridictions françaises. La Cour d'appel de Paris s'est déclarée incompétente et a renvoyé les parties à l'arbitrage, car elle a considéré que le contrat de distribution de films principal était un contrat de mandat soumis au droit français. Ce qui signifie que le contrat qui lie les trois sociétés allemandes constituait un contrat de substitution de mandataire, ce qui ouvre donc le droit à la société française de disposer de l'action directe contre les mandataires substitués. Cette situation ouvre également le droit à la société d'opposer toutes les clauses, notamment la convention d'arbitrage.

615. Les sociétés allemandes se sont pourvues en cassation. Devant la Haute Cour, ces dernières faisaient grief à l'arrêt attaqué d'avoir à tort qualifié ce contrat de mandat de distribution, alors qu'il s'agissait de cession de droits d'exploitation. Ensuite, elles reprochaient à la cour d'appel de Paris d'avoir jugé opposable à leur égard la convention d'arbitrage, alors que si le mandant dispose d'une action directe contre le mandataire substitué, il ne peut lui opposer les clauses du contrat le liant au mandataire substituant, dès lors que la clause compromissoire était contenue dans un contrat auquel une des sociétés n'était pas partie. La Cour de cassation en retenant que le contrat de distribution est un contrat de mandat, car la société *Sud Pacifique* ne s'était pas dessaisie de ses droits sur les films, mais en avait confié sans transfert de propriété, la gestion à la société *Omnia*, tenue notamment de rendre compte. Les juges se fondent donc sur l'absence de transfert de propriété pour rejeter les deux moyens avancés par les sociétés allemandes et la Cour de cassation conclut en disant que : « *La clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants [et donc aux mandataires substitués]* »⁹⁴².

616. Si dans l'affaire précédente l'extension des effets de la convention d'arbitrage s'est faite dans le cadre d'une représentation conventionnelle, la même solution a été retenue dans le cas d'une représentation légale, notamment lorsque les juges nomment un administrateur judiciaire qui vient au profit du débiteur. Effectivement, dans une affaire, la Cour de cassation a clairement affirmé que le liquidateur qui exerce les droits et actions de la société en liquidation, *pour poursuivre l'exécution d'un contrat* contenant une clause compromissoire, est irrecevable à saisir la juridiction étatique⁹⁴³. Autrement dit, une clause compromissoire est opposable aux organes de la procédure que tant qu'ils agissent en représentation du débiteur et non lorsqu'ils agissent au nom des créanciers⁹⁴⁴.

⁹⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 8 fév. 2000, *Taurus Films et a. c./Soc. Les Films du jeudi*, Bull. civ. I, n° 36, Rép. Defrénois, 2000, p. 721, obs. DELEBECQUE ; JCP 2000. II. 10 570, note AMMAR ; Rev. arb., 2000, p. 280, note GAUTIER ; RTD com., 2000, p. 596, note LOQUIN ; RCDIP 2000, p. 17, note COIPEL-CORDONNIER. Confirmation de l'arrêt : CA Paris, 6 oct. 1994.

⁹⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 1 avril 2015, n° 14-14.552.

⁹⁴⁴ Plusieurs arrêts dans ce sens, v. par exemple, Cass. com., 10 janv. 1984, n° 83-10.066 : en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, la société qui serait assistée de son syndic et que ce dernier poursuit l'exécution d'un contrat, le syndic est concerné par tous les droits et obligations qui s'y rattachent ainsi que la clause compromissoire qui s'y trouve contenue. Même s'il est mandaté pour des fins d'administration et de gestion. V. Aussi, CA de Basse-Terre, ch. civ. 2^{ème}, 9 fév. 2009, n° 08.01485 ; à rapp. Cass. com., 19 juill. 1982, Bull. civ. IV, 1982, n° 280, p. 261. Cela étant, bien qu'elle représente une *décision isolée*, la jurisprudence a également retenu l'opposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du mandataire judiciaire venant aux droits des créanciers : v. en ce sens, CA Lyon, ch. civ. 3^{ème}, 26 juin 2003, *JurisData*, 2003, 222.120. La cour avait admis que « *la juridiction étatique est incompétente pour connaître de la demande en paiement des redevances contractuelles fondée sur l'exécution du contrat de concession dès lors qu'il existe une clause compromissoire donnant compétence à un tribunal arbitral. Cette clause, valablement conclue avant le jugement d'ouverture de la procédure collective, est opposable au mandataire liquidateur qui agit en paiement et qui exerce les attributions d'un représentant des créanciers* ».

617. Ainsi, le fondement de l'opposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du représentant est justifié, selon la jurisprudence, par le fait que ce dernier *vient aux droits de l'un des contractants ou agit au profit du représenté*. Tout litige émanant de cette opération et qui ne serait pas en relation avec les pouvoirs donnés par le représenté, a pour conséquence l'attraction du représentant à la procédure arbitrale. Mais la formulation de la Cour de cassation pose problème. Ceux qui viennent aux droits de l'un des contractants sont particulièrement les ayants cause qui recueillent les droits et obligations suite à un mécanisme de transmission de l'universalité ou certains titres particuliers, alors que la représentation est une technique attributive de droits et n'opère pas transmission de droits et les sujets de celle-ci ne sont pas des ayants cause. Ce qui explique d'ailleurs, la formulation au conditionnel de l'application de la convention d'arbitrage lorsqu'elle précise dans l'arrêt *Taurus Films* que : « *La convention d'arbitrage stipulée dans le mandat (...) devrait recevoir application à l'égard des mandataires* ». Un des commentateurs⁹⁴⁵ de cet arrêt relevait que la raison de cette extension serait dans l'intérêt que porte le représentant ou le mandataire au contrat. Selon cet auteur, trois éléments peuvent justifier l'extension de la convention d'arbitrage : soit par le biais de la règle de l'accessoire, par la volonté ou par intérêt. Dans le cas du mandataire, « (...) *son intérêt est la cause de l'exécution de la convention par ses soins. Et c'est cette cause même qui justifie qu'on lui enterre le champ de la clause compromissoire* »⁹⁴⁶. Ce mécanisme étant précisé, *quid* à présent du mécanisme qui opère adjonction du tiers au contrat, la délégation, la solution est-elle similaire ?

B. La délégation

618. **Adjonction d'un nouveau rapport d'obligation.** La délégation est définie à l'article 1336 alinéa 1er du Code civil comme étant : « [L] » *opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur* ». D'une manière générale, la délégation se réalise sur des rapports juridiques déjà existants. Le délégant peut être à la fois débiteur du délégataire et créancier du délégué auquel il demande de s'obliger envers le délégataire. L'exécution de la délégation opère extinction de la dette du

⁹⁴⁵ V. en ce sens : Pierre Yves GAUTIER, *note sous*, Cass. civ. 1^{ère}, 8 fév. 2000, (*Taurus Films et a. c./Soc. Les Films du jeudi*), *Rev. arb.*, 2000, p. 280, n° 5, *cité par* Smahane AKHOUAD, *op. cit.*, n° 596, p. 562.

⁹⁴⁶ *Id.*

délégant envers le délégataire et celle du délégué envers le délégant. Mais en réalité, la nature des rapports unissant les parties à la délégation est indifférente, puisqu'il importe peu que le délégué soit débiteur ou non du délégant, ou que le délégataire soit créancier ou non du délégant, car il se peut que le délégué accepte de s'obliger envers le délégataire sans que ce dernier ne soit le créancier du délégant. C'est le cas par exemple du délégant qui entend constituer une donation ou un prêt au profit du délégataire en mettant au profit de ce dernier la créance que le délégant détient sur le délégué. L'existence préalable d'une obligation à la charge du délégué envers le délégant n'est donc pas une condition de qualification de la délégation⁹⁴⁷.

619. Quant aux modalités de la délégation, la lecture de l'article 1336 du Code civil offre plusieurs formes de délégations, mais les articles 1337 et 1338 du même Code consacrent la délégation parfaite et imparfaite. La première opère novation lorsque : « *Le délégant est débiteur du délégataire et que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte expressément de l'acte* »⁹⁴⁸. En revanche, elle est dite simple ou imparfaite, lorsque le délégataire ne décharge pas le délégant de sa dette, la délégation donne donc au délégataire un second débiteur comme le stipule l'article 1338 alinéa 1 du Code civil. Aussi, pour préciser le régime de l'opposabilité des exceptions de la délégation, la doctrine fait une distinction entre la délégation certaine et incertaine. La première a pour but la création d'une obligation nouvelle du délégué, autonome par rapport à celles préexistantes, dans ce cas le délégué est strictement tenu par le principe de l'inopposabilité des exceptions⁹⁴⁹. La seconde est la situation du délégué qui s'oblige envers le délégataire à régler ce que le délégant lui doit ou encore ce que lui-même doit au délégant⁹⁵⁰. Ici, puisque le délégué *calque*⁹⁵¹ l'objet de son engagement sur le rapport d'obligation qu'il a envers le délégataire, il est en droit de lui opposer les exceptions issues de ce rapport.

620. La définition de la délégation ainsi que ses modalités étant précisées, nous nous proposons d'examiner de près le régime juridique de la délégation, en particulier lorsque le rapport d'obligation entre le délégataire et le délégant comporte une convention d'arbitrage. Dans le cas d'une délégation simple ou dite imparfaite, les rapports d'obligations antérieurs subsistent : le délégataire ne décharge le délégant qu'une fois l'obligation nouvelle exécutée par le délégué, contrairement à la

⁹⁴⁷ Cass. com., 21 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 255 ; D. 1995. *Somm.* 91, *obs.* AYNÈS ; JCP 1994, I, 3803, *obs.* BILLIAU, *RTD civ.* 1995, 113, *note* MESTRE ; *Deffrénois*, 1994, p. 1468, *note* MAZEAUD.

⁹⁴⁸ Art. 1337 al. 1, C. civ.

⁹⁴⁹ Jérôme FRANÇOIS, *Traité de droit civil : les obligations, régime général*, *op. cit.*, n° 642, p. 590.

⁹⁵⁰ V. en ce sens : François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1441-1, p. 1482.

⁹⁵¹ Jérôme FRANÇOIS, *Traité de droit civil : les obligations, régime général*, *op. cit.*, n° 642, p. 590.

délégation novatoire qui sera d'ailleurs écartée ici, puisqu'elle n'opère pas adjonction, mais substitution de personnes, ce qui l'assimile à une cession de contrat que nous avons écartée. On observe ainsi la situation dans laquelle le délégué, qui est à la base un tiers au rapport contractuel liant le délégataire et le délégant, est donc non-signataire de la convention d'arbitrage, peut se voir attiré à l'instance arbitrale.

621. C'est ce qu'a confirmé la cour d'appel de Lyon dans un arrêt du le 15 mai 1997, lorsqu'une clause d'arbitrage incluse dans une promesse de vente donnant la faculté au bénéficiaire de se substituer ou d'adjoindre toutes personnes de son choix. La cour d'appel a jugé que : « *la partie adjointe avait acquis les mêmes droits et les mêmes obligations que le bénéficiaire initial, y compris la clause compromissoire indissociable des autres dispositions de la promesse de vente* »⁹⁵². Ainsi, dans l'exercice de son droit d'accepter la promesse de vente, le délégué adjoint peut ainsi user à tout moment de la promesse. La partie adjointe ou substituée pouvait donc intervenir pour être partie à l'instance arbitrale.

Conclusion de la section II

622. Dans les opérations juridiques tripartites, à savoir les contrats pour autrui et les mécanismes de substitution et d'adjonction, l'opposabilité de la convention d'arbitrage ne se réalise pas par transmission de droits, mais bien par attribution de droits. Pour ce qui est de la stipulation pour autrui, nous avons vu comment la jurisprudence a opéré, depuis un arrêt de 2006, un changement radical de cap en acceptant que la convention d'arbitrage contenue dans un contrat liant le stipulant au promettant soit invoquée par et contre le tiers bénéficiaire après avoir longtemps refusé cette option. La solution est en cohérence avec le droit français, car les droits créés par la stipulation pour autrui ne peuvent être que ce que le stipulant et le promettant ont voulu. S'ils ont accepté de soumettre les conflits qui naîtraient de ces droits à l'arbitrage, les soumettre à un juge étatique, reviendrait à ne pas respecter cette volonté.

623. Au sujet du mécanisme de substitution, la convention d'arbitrage étend ses effets aux personnes liées par un mécanisme de représentation. Dans le cas d'une représentation parfaite, dont l'exemple classique est le mandat, seul le représenté est

⁹⁵² CA Lyon, 15 mai 1997, (*Parodi c./Annecy et France Boissons*) ; *Rev. arb.*, 1998, p. 402, *obs.* ANCEL.

concerné par les effets de la convention d'arbitrage. Le représentant demeure tiers, car il a agi au nom du représenté. Il ne sera concerné par les effets de la clause d'arbitrage que lorsqu'il agit à la fois en son nom et au nom d'autrui. En revanche, dans le cas d'une représentation imparfaite — cas du prête-nom ou de la commission — seul le représentant est tenu par l'arbitrage, parce que seule sa volonté apparaît dans le champ contractuel et lui seul est tenu par l'effet du contrat dont il ne fera que transférer la charge ou le bénéfice au représenté⁹⁵³.

624. Enfin, s'agissant des mécanismes d'adjonction, dont la délégation est l'exemple le plus cité, la partie adjointe acquiert les mêmes droits et obligations que le bénéficiaire initial. Si le contrat auquel la partie est adjointe contient une convention d'arbitrage, la personne sera alors concernée par les effets de la clause au même titre que le bénéficiaire initial.

Conclusion du chapitre I

625. Les mécanismes translatifs participent à « *la circulation* » de la convention d'arbitrage : une circulation largement admise aujourd'hui en jurisprudence et en doctrine, qui parle même de « *transmission quasi-générale de la clause compromissoire* »⁹⁵⁴. Un auteur parlait de « *multiplication* » des effets de la convention d'arbitrage⁹⁵⁵. Quant aux mécanismes de substitution et d'adjonction, ceux-ci permettent plutôt une « *extension* » des effets de la convention par « *attribution* » des droits dans les opérations tripartites. Bien évidemment le processus d'attraction des tiers dans les deux derniers mécanismes susmentionnés ne sont pas comparables aux autres mécanismes extensifs que nous aurons l'occasion d'examiner dans les développements à venir. Effectivement, l'extension a lieu à la suite d'une implication active ou passive des tiers.

⁹⁵³ Cf. Matthieu DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, thèse de doctorat, droit, préf. Pierre BELLET, éd. Joly, 1990, n° 602, p. 521.

⁹⁵⁴ Thomas CLAY, « *Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ?* », *D.* 2003, p. 2471.

⁹⁵⁵ François-Xavier TRAIN, « *Arbitrage et action directe : à propos de l'arrêt ABS du 27 mars* », *op. cit.*, p. 6.

CHAPITRE II : L'ATTRACTION DES TIERS À L'ARBITRAGE PAR EXTENSION COMPROMISSOIRE

626. L'extension de la convention d'arbitrage est susceptible de deux acceptions selon que l'on vise l'extension *rationae materiae* ou l'extension *rationae personae*. Dans la première forme, l'extension des effets de la convention d'arbitrage s'opère, entre les mêmes parties, du contrat principal vers le contrat secondaire⁹⁵⁶. Plus précisément, l'extension se fait d'un contrat, souvent le contrat de base, à d'autres contrats, les contrats d'application⁹⁵⁷. Il en est ainsi des ensembles contractuels où les mêmes parties sont liées entre elles par un ensemble de contrats liés⁹⁵⁸. Néanmoins, même si cette extension fait l'objet d'une approbation par notre droit, elle ne sera évoquée que brièvement, pour des fins de comparaison, car l'extension se fait entre sujets identiques : les parties signataires. Dans cette optique, nous envisagerons, pour notre sujet, la seconde forme d'extension, qui est l'extension *rationae personae*.

627. Dans l'extension *rationae personae*, la convention d'arbitrage est étendue à un tiers non-signataire. Celui-ci se voit donc opposer la convention d'arbitrage et sera attiré à l'instance arbitrale. Il pourra également s'en prévaloir à titre de preuve ou pour demander son attraction à la procédure. Par ailleurs, les cas d'extension *rationae personae* sont nombreux, bien plus importants en matière internationale qu'en matière interne⁹⁵⁹, mais nous en illustrerons qu'un nombre restreint. L'extension *rationae personae* suppose, comme nous l'avons dit précédemment, une implication du tiers en cause. Nous aurons donc à étudier les mécanismes extensifs des effets de la convention d'arbitrage selon la nature de cette implication. Ainsi, il sera question d'examiner l'extension compromissoire en raison d'une implication *active* du tiers (*Section I*), avant de se pencher sur l'étude des mécanismes extensifs de la clause compromissoire en raison d'une implication *passive* du tiers (*Section II*).

⁹⁵⁶ V. François-Xavier TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, thèse de doctorat, droit, préf. Ibrahim FADLALLAH, L.G.D.J, 2003, n° 400, p. 246.

⁹⁵⁷ V. en ce sens : François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 194, p. 216.

⁹⁵⁸ V. en ce sens : Daniel COHEN, « Arbitrage et groupes de sociétés », *Rev. arb.*, 1997, p. 471 ; François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 400 et s., p. 246 et s.

⁹⁵⁹ V. en ce sens : Dominique VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, 2012, n° 56.

Section I : L'extension compromissaire en raison d'une implication active du tiers

Section II : L'extension compromissaire en raison d'une implication passive du tiers

SECTION I : L'EXTENSION COMPROMISSOIRE EN RAISON D'UNE IMPLICATION ACTIVE DU TIERS

628. La négociation, la formation ou l'exécution d'un contrat sont les phases où le tiers non-signataire de la convention d'arbitrage peut s'impliquer de manière active et où il peut se voir opposer ladite convention. Cela dit, l'extension aux tiers de la clause d'arbitrage en situation d'implication active peut concerner n'importe quel contrat tant que celui-ci est de caractère commercial, même si la nature civile de l'acte ne fait plus obstacle en matière internationale. Cependant, nous avons limité le champ de notre étude à trois domaines dans lesquels l'extension est le plus souvent rencontrée : il s'agit de l'implication active du tiers au sein des groupements de contrats ou de sociétés (§1), dans les opérations de transport maritime (§2), ou encore dans le cas où le tiers finance l'arbitrage (§3).

§1. L'implication active du tiers dans les relations de groupes

629. Contrairement aux contractants extrêmes au sein d'un groupe de contrats translatifs de propriété, ceux du groupe de contrats non translatifs de propriété ne recueillent pas la convention d'arbitrage, elle leur est étendue. Nous aurons à traiter dans les développements à suivre, l'extension de la convention d'arbitrage aux contractants extrêmes au sein de groupes de contrats *non translatifs de propriété* (1) et l'extension de la convention d'arbitrage au sein de groupes de sociétés (2).

A. *Les groupes de contrats*

630. L'expression groupe de contrats, de « *liaisons entre contrats* »⁹⁶⁰ ou encore de « *contrats liés* »⁹⁶¹, désigne les conventions qui sont liées entre elles, mais qui

⁹⁶⁰ Dominique CHEDEVILLE, *La liaison entre contrats*, thèse de doctorat, droit, s. dir. René RODIÈRE, Paris II, 1977.

⁹⁶¹ François Xavier TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, op. cit., n° 400, p. 246.

gardent leur individualité⁹⁶². Au sein de ce groupe, TEYSSIE⁹⁶³ distingue entre les chaînes de contrats, dont l'objet est commun, et les ensembles de contrats, visant à la réalisation d'un même but ou cause commune. Cette distinction est basée sur la nature du « *lien* » unissant ces contrats. Nous avons déjà évoqué la catégorie des chaînes de contrats et nous avons dit qu'elle se compose de chaînes de contrats translatifs et non translatifs de propriété, homogènes ou hétérogènes. Pour ce qui est des ensembles contractuels, ils se divisent à leur tour entre les contrats interdépendants et les contrats à dépendance unilatérale⁹⁶⁴. Au sein de cette dernière catégorie se trouvent les sous-contrats dont l'existence et le contenu dépendent du contrat principal et dont l'objet consiste nécessairement en une obligation de faire⁹⁶⁵.

631. Étant donné que nous avons déjà traité la catégorie des chaînes de contrats translatifs, qui opèrent transmission de la convention d'arbitrage, il sera question ici uniquement des groupes de contrats non translatifs de propriété. Ainsi, une convention d'arbitrage incluse dans un contrat de groupe, qu'il soit principal ou non, peut-elle voir ses effets s'étendre aux autres contrats du groupe ? En raison du lien qui existe entre ces contrats et de la *favor arbitrandum*, on ne peut, *a priori*, que militer pour une extension compromissive pour pouvoir regrouper tout le contentieux devant une seule et unique juridiction arbitrale, même si les autres contrats du groupe ne contiennent pas de convention d'arbitrage. Toutefois, le rayonnement de la clause d'arbitrage au sein de ces groupes peut prendre plusieurs formes, mais nous nous bornerons à deux exemples : d'abord le cas de l'extension de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat principal aux sous-contrats (1). Appelés également chaîne de contrats non translatifs, ou encore « *chaîne de contrats par diffraction* »⁹⁶⁶, les sous-contrats sont les greffons du contrat principal. Nous envisagerons ensuite le cas de l'extension de la convention d'arbitrage aux contrats d'un *ensemble contractuel* participant à la mise en œuvre de la même opération économique (2).

1. L'extension de l'arbitrage aux sous-contrats

⁹⁶² V. en ce sens : François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 77, p. 100.

⁹⁶³ Bernard TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, thèse de doctorat, droit, préf. Jean-Marc MOUSSERON, L.G.D.J., 1975.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 96.

⁹⁶⁵ Jean NÉRET, *Le sous contrat*, thèse de doctorat, droit, préf. Pierre CATALA, L.G.D.J., 1975.

⁹⁶⁶ Bernard TEYSSIE, *op. cit.*, n° 122.

632. Les relations d'affaires peuvent conduire parfois un contractant à déléguer une mission qu'il s'est vu confier à un tiers qui s'engage à l'exécuter en tout ou en partie. Au premier abord, le sous-contrat semble être un contrat *autonome*⁹⁶⁷ du contrat initial, c'est-à-dire qu'il a un contenu propre et produit ses propres effets. Cela signifie qu'il n'obéit qu'à ses propres règles indépendamment de celles dont relève le contrat principal. Partant, l'interdépendance avec le contrat principal semble exclue⁹⁶⁸, car l'affirmer implique une égalité entre tous les contrats enchevêtrés, de telle sorte à les rendre tous nécessaires à la réalisation de l'opération globale : ce qui rend les sous-contrats dépendants du principal. Ainsi par exemple, si le sous-contrat est anéanti, cela emporte automatiquement la disparition du contrat principal ; ce qui n'est pas la caractéristique du sous-contrat, bien qu'il y ait de bonnes raisons qui laissent à penser que le sous-contrat est une manifestation de l'interdépendance contractuelle avec le contrat initial. En effet, le sous-contrat emprunte non seulement au contrat principal son objet, mais il participe indirectement à l'accomplissement du but poursuivi par les parties initiales. Sur ce point, M. NÉRET considère que : « *Le sous-contrat emprunte à la convention principale non seulement son objet, mais aussi son objectif (...) les contrats concourent à la réalisation d'un but commun* »⁹⁶⁹. Un auteur souligne que : « *Quel que soit le regard que l'on porte sur le sous-contrat, il ne peut faire disparaître sa réalité matérielle qui en fait une sorte de "doublon" du contrat principal* »⁹⁷⁰.

633. Ces brèves précisions apportées, il s'agit pour l'heure de savoir si la convention d'arbitrage insérée dans le contrat principal peut être étendue *ipso facto* au sous-contrat. Pour mieux illustrer nos propos, nous prenons le cas du contrat d'entreprise et les contrats de sous-traitance. Le contrat de sous-traitance est incontestablement un sous-contrat⁹⁷¹. Le sous-traitant est un partenaire qui n'est pas concerné par l'exécution du contrat principal d'entreprise ; il n'a aucun rapport juridique avec le maître de l'ouvrage. Il se contente seulement d'exécuter le contrat de sous-traitance qu'il a conclu avec le contractant du contrat principal. Mais en exécutant le contrat de sous-traitance, il participe matériellement⁹⁷², à l'exécution du contrat d'entreprise.

⁹⁶⁷ François Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 411 ; Régine BONHOMME, « *Sous-contrat et co-contrat — Adjonction et conjonction de contractants* », *JurisClasseur cont. dist.*, 2014, actualisé par Magali BOUTEILLE-BRIGANT, n° 42.

⁹⁶⁸ Sébastien PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, thèse de doctorat, droit, préf. Jacques FOYER et Marie-Lucie DEMEESTER, L.G.D.J, 2007, n° 218, p. 189.

⁹⁶⁹ Jean NÉRET, *op. cit.*, n° 206.

⁹⁷⁰ Sébastien PELLÉ, *op. cit.*, n° 218, p. 189.

⁹⁷¹ V. en ce sens : François Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 393.

⁹⁷² V. en ce sens : Éric LOQUIN, « *Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises* », *op. cit.*, n° 35.

634. Bien qu'elle soit très critiquée⁹⁷³, c'est en raison de l'implication du sous-traitant dans l'exécution du contrat d'entreprise et de son acceptation tacite, doublée par la présomption de connaissance (dans certains arrêts) que les jurisprudences successives ont fondé l'extension de la convention d'arbitrage au sous-traitant. En arbitrage international, cette solution semble entérinée. En effet, depuis l'arrêt *Dow Chemical* qui a admis l'extension de la convention d'arbitrage dans les groupes de sociétés, la jurisprudence était prête à généraliser la solution à tous les groupes de contrats en décidant d'abord dans un arrêt du 30 novembre 1988 que : « *La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait* »⁹⁷⁴. Par la suite, la jurisprudence, par un arrêt du 26 octobre 1995, avait retenu l'opposabilité de la convention d'arbitrage conclue dans un contrat d'entreprise, à un sous-traitant en ne faisant pas mention de la notion « *d'implication* », mais de la manifestation de la volonté expresse du sous-traitant d'être lié par la convention d'arbitrage contenue dans le contrat principal. Elle a ainsi retenu que le sous-traitant en mentionnant « *sans émettre de réserve* » avait : « *nécessairement accepté la clause compromissoire qui y était incluse* ».

635. Cependant, dans un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 26 octobre 2011, la jurisprudence est revenue à la solution dégagée antérieurement, c'est-à-dire une opposabilité fondée sur la combinaison de la présomption d'acceptation tacite et l'implication dans le contrat, en considérant que : « *L'effet de la clause d'arbitrage international contenue dans le contrat initial s'étend au sous-traitant qui en a eu connaissance lors de la signature de son contrat et qui est directement impliqué dans l'exécution du premier contrat* »⁹⁷⁵. Mais en réalité, le fondement de l'implication semble suffire à justifier cette extension. Pourtant, dans le cas de la sous-traitance, le sous-traitant ne s'implique pas directement dans l'exécution du contrat d'entreprise, il

⁹⁷³ *Ibid.*, n° 37.

⁹⁷⁴ CA Paris, 30 nov. 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 691, note TSCHANZ ; V. dans le même sens : CA Paris, 28 nov. 1989, *Rev. arb.*, 1990, p. 675, note MAYER ; CA Paris, 7 déc. 1994, *Rev. arb.*, 1996, p. 265, note JARROSSON ; CA Paris, 22 mars 1995, *Rev. arb.*, 1997, p. 550 ; CA Paris, 8 oct. 1997, *D.* 1997, IR, p. 233 ; CA Paris, 17 déc. 1997, *RJDA* 1998, p. 374.

⁹⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, n° 10-17.708, (*Constructions mécaniques de Normandie (CMN) vs. Fagerdala Marine Systems AB (FMS) and Patroun Corrosions schutz Consulting (PKC)*) ; *JCP G.* 2011, 1432, n° 3, obs. SERAGLINI ; *JDI* 2012, p. 661, note SANA-CHAILLE DE NÉRÉ ; *CAPJIA*, 2013, p. 63, note BONNARD. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, n° 11-25891, *JCP G* 2012, *Doctr.* 1354, n° 5, obs. SERAGLINI.

exécute seulement son propre contrat, dont l'objet est emprunté au contrat principal et qui consiste à exécuter tout ou partie de ce contrat. On s'interroge finalement sur les limites de cette justification, c'est-à-dire la seule « *implication directe* », qui est admise largement aujourd'hui. Sur ce point, M. LOQUIN disait à propos de l'extension au sous-traitant de la convention d'arbitrage, qu'il qualifie par ailleurs d'injustifiable : « *dans cette hypothèse, il n'y a pas addition de contractants par le jeu de la ratification d'un même contrat, mais superposition de contrats différents* »⁹⁷⁶.

636. Certainement, la clé de ce débat se trouve dans la qualification des sous-contrats. En effet, si le sous-contrat participe à la réalisation de la *cause* du contrat principal, il est invraisemblable de nier l'implication du sous-traitant dans l'exécution du contrat. Or, toute la doctrine semble admettre l'exclusivité des sous-contrats de toute idée de dépendance réciproque et donc d'interdépendance contractuelle avec le contrat principal⁹⁷⁷. Sur ce point, nous rejoignons le professeur LOQUIN en disant que seule la volonté expresse du sous-traitant de se soumettre à l'arbitrage peut justifier l'opposabilité de la convention d'arbitrage à son égard. Ce dernier auteur démontre son désaccord en disant que : « *Le sous-concessionnaire n'est pas lié en raison de son adhésion au contrat de concession contenant la convention d'arbitrage. Ses obligations résultent de son consentement au contrat de sous-concession. La clause compromissoire contenue dans le contrat de concession n'a pour objet que les actions nées de ce contrat* »⁹⁷⁸. Un autre auteur confirme cette idée en disant que : « (...) *on ne devrait pas accepter d'étendre la clause compromissoire au tiers qui intervient dans l'exécution du contrat principal, lorsque l'intervention du tiers a lieu en vertu d'un contrat qui lui est propre, et qui ne contient pas de clause compromissoire. Tel est le cas du sous-traitant, qui certes participe matériellement à l'exécution des obligations nées du contrat principal, mais qui le fait en vertu de son sous-traité* »⁹⁷⁹.

637. En arbitrage interne, la tendance actuelle de la jurisprudence est à l'uniformisation des régimes de l'arbitrage international et interne. D'une manière générale, l'extension de la convention d'arbitrage aux groupes de contrats en matière interne peut se heurter à la problématique du consentement. Une transposition du régime de l'arbitrage international en droit interne commande que l'extension soit justifiée en se référant à l'implication du tiers non-signataire — extension objective

⁹⁷⁶ Éric LOQUIN, « Arbitrage — Compétence arbitrale — Étendu », *JCI Proc. civ.*, Fasc. 1032, 2008, n° 19.

⁹⁷⁷ V. en ce sens : Sébastien PELLÉ, *op. cit.*, n° 216, p. 188.

⁹⁷⁸ Éric LOQUIN, « Différences et convergences... », *op. cit.*, n° 37.

⁹⁷⁹ Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 544, p. 380.

— sans véritable considération du consentement, puisqu'il est présumé à partir de la connaissance de ces tiers. Or, depuis la réécriture de l'article 2061 du Code civil, nous pensons que cette solution pourrait freiner l'extension de la convention d'arbitrage si les contractants extrêmes ne consentent pas à l'extension. Quoi qu'il en soit, l'opposabilité de la convention d'arbitrage au sous-traitant semble entérinée, elle l'est également lorsqu'il s'agit des contrats appartenant à un ensemble contractuel.

2. L'extension de l'arbitrage dans un ensemble contractuel

638. Les contrats participant à la même opération économique. « *L'ensemble contractuel désigne des contrats qui, concourant à la réalisation d'une même opération économique, sont unis par une identité de cause, au sens de but commun* »⁹⁸⁰. C'est le cas par exemple d'un contrat de vente, suivi d'un prêt de financement et d'une sûreté le garantissant ; ou encore pour réaliser un projet commun, plusieurs sociétés, organisées sous forme de consortium, participent aux côtés d'assureurs, de financiers, etc, à la réalisation de ce même projet. Le but poursuivi par un ensemble de contrats consiste en la réalisation d'un objectif précis, et pour cela on mobilise plusieurs contrats afin d'atteindre cet objectif. Un ensemble contractuel se caractérise donc par un rapport circulaire au temps et par la présence d'un contrat central qui coordonne l'ensemble⁹⁸¹. Il s'agit ici d'une conjonction et non d'une succession de contrats. Selon M. AYNÈS, dans un ensemble contractuel, il y a : « (...) *subordination intellectuelle entre les différents accords, que permet de déceler un ensemble unique assimilable à un (seul) contrat. Chacun des accords partiels n'existe que par le précédent et appelle le suivant ; une volonté, unique par son objet, s'exprime ainsi en une pluralité d'instruments complémentaires* »⁹⁸².

639. De ces explications, nous soulevons donc la question de savoir si la convention d'arbitrage insérée dans le contrat central peut-elle être opposable aux autres contrats formant l'ensemble contractuel ? On ne peut répondre que par l'affirmative, d'autant plus que plusieurs arrêts⁹⁸³ confirment cette extension de

⁹⁸⁰ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, n° 77, p. 101.

⁹⁸¹ V. en ce sens : Sébastien PELLÉ, *op. cit.*, n° 55, p. 47.

⁹⁸² Laurent AYNÈS, *sous note*, Cass. com., 5 mars 1991, n° 89-19.940, *Rev. arb.*, 1992, p. 66 et s.

⁹⁸³ Cass. com., 5 mars 1991, n° 89-19.940, *Rev. arb.*, 1992, p. 66 et s., *note* AYNÈS ; CA Paris, 7 déc. 1994, (*Jaguar*), *Rev. arb.*, 1996, p. 265, *note* JARROSSON ; *RTD com.*, 1995, p. 491, *obs.* DUBARRY et LOQUIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *préc. cité.* ; Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-21.888, *Bull. civ. IV*, n° 197 ; D. 2008. AJ 3091, *obs.* DELPECH ; D. 2009. 1516, *note* PILLET ; *JCP* 2009. II. 10 023, *note* MAINGUY.

manière plus ou moins constante en fonction de la situation de chaque fait. En témoigne d'ailleurs un récent arrêt de la cour d'appel de Paris⁹⁸⁴ dont les faits sont les suivants : une société de consortium d'investisseurs *Avicenna*, qui regroupe plusieurs sociétés, parmi lesquelles il y a la société de droit polonais *Innova capital Sp Z. o. o.*, une société de droit luxembourgeois *Twelve Horbeans*, la société anglaise *TRG Management*, qui a reconnu venir aux droits de la société anglaise *CVCI*, et la société néerlandaise *ETIC*, venant également aux droits de la société *CVCI*. Ce consortium a confié, par un contrat de service-conseil contenant une clause d'arbitrage, à deux sociétés, une de droit bulgare *NECA* et l'autre de droit autrichien *EPIC*, une mission d'assistance financière et stratégique dans le cadre de la soumission à un appel d'offres lancé par le Kosovo. Le consortium n'avait pas soumissionné à cet appel. Les sociétés *EPIC* et *NECA* ont saisi la CCI de Paris afin d'obtenir le paiement des frais et ainsi qu'une indemnité de résiliation prévue par le contrat principal. Leur requête a été également dirigée contre tous les membres du consortium. Une demande indemnitaire pour négligence a été également déposée par *EPIC* et *NECA* contre *Avicenna*, *Innova Capital Sp. Z. o.o* et *CVCI*.

640. Le 10 novembre 2016, une première sentence partielle a été rendue déclarant la compétence de l'arbitre uniquement sur la demande formulée contre *Avicenna* et déclarant l'arbitre incompétent à l'égard des autres défendeurs. L'arbitre a rejeté l'extension de la convention d'arbitrage aux membres du consortium en se fondant sur l'intention des parties au contrat principal, en écartant également les théories du mandat apparent, de l'*estoppel* et de la stipulation pour autrui. Un recours en annulation a été formé devant la cour d'appel de Paris.

641. La cour d'appel a au préalable rappelé dans ses motifs la règle matérielle du droit de l'arbitrage international en ces termes : « *La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant* ». Ensuite, la cour d'appel a jugé que : « *La circonstance que l'implication du tiers dans l'exécution du contrat stipulant la clause compromissoire résulte d'obligations contractées en vertu d'un autre contrat, n'exclut pas que cette implication emporte extension de la clause*

⁹⁸⁴ CA Paris, 18 déc. 2018, *Rev. arb.*, 2018, p. 847 ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 37, note BENSUAUDE.

compromissoire à ce tiers (...) La situation et l'activité de la société d'investissement, qui participait à un consortium créé pour soumissionner à un appel d'offres international et qui, par surcroît, connaissait l'existence du contrat de conseil conclu font présumer qu'elle a eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elle n'ait pas été signataire du contrat la stipulant ». Les juges parisiens ont donc annulé la sentence qui déclare l'incompétence de l'arbitre à l'égard des sociétés du consortium, puisqu'ils ont relevé que les sociétés qui forment ce consortium ont bien participé aux travaux communs de l'appel d'offres. En revanche, la cour a confirmé l'incompétence de l'arbitre à l'égard de la société dont l'intervention dans l'exécution du contrat de conseil-service n'est pas démontrée, et à l'égard de laquelle il n'est pas justifié d'une autre cause d'extension de la clause compromissoire. Encore une fois, l'opposabilité de la convention d'arbitrage aux autres membres de l'ensemble a été donc justifiée par l'implication dans l'exécution du contrat principal et par la *connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage*.

642. Mais aux fins d'appréhender la portée de la convention d'arbitrage face aux litiges qui peuvent naître d'un contrat principal et qui peuvent conduire un non-signataire à être attiré à l'arbitrage stipulé dans ce contrat, un auteur⁹⁸⁵ propose que l'extension *rationae personae* de la convention d'arbitrage à des tiers non-signataires, passe par la compréhension de l'extension *rationae materiae* de celle-ci aux contrats qui forment l'ensemble contractuel. Même s'il faut avouer que l'extension de la convention d'arbitrage aux autres rapports contractuels ne relève pas de notre étude, il n'en demeure pas moins intéressant d'évoquer ce point, car il semblerait que l'extension *rationae personae* supposerait une extension *rationae materiae*. L'auteur susvisé justifie cette supposition en disant que : « *De nombreuses problématiques se retrouvent posées dans les mêmes termes lorsqu'il s'agira d'envisager l'extension rationae personae : les ensembles contractuels bipartites ou multipartites ont en commun d'être tournés vers la réalisation d'un projet commun, ce qui ne pourra éviter d'avoir des conséquences communes au niveau des résultats ; les solutions relatives à l'extension rationae materiae apportent donc nécessairement des éléments de réponse pour l'extension rationae personae* »⁹⁸⁶.

643. L'extension *rationae materiae* avait pour origine des arrêts très anciens⁹⁸⁷, cependant depuis la fin des années 1980, la jurisprudence la retient davantage. En

⁹⁸⁵ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 816, p. 673

⁹⁸⁶ *Id.*

⁹⁸⁷ CA Douai, 10 juill. 1947, *cité*, en *sous note* n° 245, par Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, p. 676.

témoigne un arrêt dénommé *Peptrax*⁹⁸⁸ qui est venu étendre les effets de la convention d'arbitrage conclue dans un contrat de cession d'actions à une autre convention fixant les modalités de cette cession. L'arrêt de la cour d'appel qui confirme la compétence des tribunaux étatiques, en ce que la convention ne contenait pas de clause d'arbitrage, a été censuré par la Cour de cassation déclarant ainsi valide et applicable la clause contenue dans la première convention puisqu'elle constituait la *suite* de la première et qu'elle a été *destinée à concrétiser* la première. Cette logique découle donc de la notion d'ensemble contractuel et du critère d'indivisibilité ou d'interdépendance contractuelle de cet ensemble. Ce dernier critère repose non seulement sur l'appréciation économique des contrats de l'ensemble, c'est-à-dire la réalisation d'une même opération économique, mais également sur l'analyse de la volonté des parties⁹⁸⁹. Car effectivement, en l'absence d'interdépendance, il a été jugé dans l'affaire *Sofidif* que : « *La globalité de la demande souffre de l'absence de contrat-cadre ou de convention multipartite et qu'en l'état des éléments contractuels qui lui étaient soumis, le tribunal arbitral se devait de juger de sa compétence contrat par contrat* »⁹⁹⁰.

644. Sans aller plus loin sur ces points, car nous aurons l'occasion de les traiter, nous terminerons en disant que l'opposabilité de la convention d'arbitrage dans un groupe de contrats repose sur deux critères essentiels, à savoir le lien direct que le tiers non-signataire entretient avec le contrat principal, ainsi que la présomption d'acceptation tacite, consécutive à la présomption de connaissance de l'existence de la convention d'arbitrage, née de la situation et de l'activité de la partie en cause. Bien que ce dernier critère soit jugé peu convaincant, puisqu'une « *acceptation qui repose sur une double présomption ne peut que revêtir un caractère artificiel* »⁹⁹¹, les juges ne peuvent s'en défaire en ce qu'il présente une condition de l'efficacité de l'opposabilité. *Quid* alors de l'extension de la convention d'arbitrage dans un groupe de sociétés ?

B. Les groupes de sociétés

⁹⁸⁸ V. entre autres, Cass. com., 5 mars 1991, n° 89-19.940, *Rev. arb.*, 1992, p. 66 et s.

⁹⁸⁹ Soraya AMRANI-MEKKI, « *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats* », *Deffrénois*, 2002 p. 355 ; Cass. civ.1^{ère}, 4 avril 2006, *Deffrénois*, 2006. 1194, note AUBERT.

⁹⁹⁰ CA Paris, 19 déc. 1986, *Rev. arb.*, 1987, p. 359 ; cassé par Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 481, note JARROSSON ; et sur renvoi, CA Versailles, 7 mars 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 326, note LOQUIN : « *Qu'en l'absence, malgré l'unicité de l'objectif poursuivi, d'une articulation entre les clauses compromissaires permettant d'induire une volonté commune pour un arbitrage unique, les arbitres auraient dû se référer à chaque contrat, pour apprécier leur compétence à l'égard de chaque partie et de chaque élément du litige* ».

⁹⁹¹ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 722, p. 706.

645. Dans la continuité de ce que nous venons d'évoquer pour les groupes de contrats, la dimension économique est la motivation première qui anime les relations contractuelles au sein d'un groupe de sociétés. En effet, la notion de groupe de sociétés désigne « [L'] ensemble que forment plusieurs sociétés qui, bien que juridiquement indépendantes, forment une même unité économique en raison de liens financiers étroits »⁹⁹². Dans une sentence CCI de 1975, on peut lire : « Le concept de groupe se définit, au-delà de l'indépendance formelle née de la création de personnes morales distinctes, par l'unité d'orientation économique dépendant d'un pouvoir commun »⁹⁹³. À partir de là, l'arbitrage et son extension peuvent rencontrer le groupe de sociétés dans deux situations précises. Il y a la situation de l'extension de la convention d'arbitrage intra-groupe, c'est-à-dire l'extension de l'arbitrage aux litiges qui opposent des sociétés membres du groupe. Les situations litigieuses sont ici diverses, on peut à titre d'illustration citer l'exemple des litiges qui peuvent naître entre associés, ou encore les litiges nés suite à une cession de droits sociaux. Le cas de l'extension de l'arbitrage dans la sphère interne ne sera retenu dans la présente étude que marginalement, car bien que ces situations existent, elles ne sont pas très fréquentes⁹⁹⁴. En revanche, nous retenons principalement l'autre cas de figure où l'arbitrage rencontre le groupe de sociétés dans ses rapports externes, c'est-à-dire lorsque le litige oppose une ou plusieurs sociétés du groupe à une ou plusieurs personne(s) tierce(s). La question qui se pose ici est de savoir si la portée d'une convention d'arbitrage conclue entre une société appartenant au groupe et un tiers externe à ce groupe pourrait atteindre les autres sociétés du groupe, ou que ces dernières peuvent invoquer ladite convention à l'encontre de ceux qui l'ont signée — société signataire et le tiers — en vue de participer à la procédure d'arbitrage. La réponse à cette question est donnée par la jurisprudence qui répond par l'affirmative, dès lors que la société sujette de l'attraction a participé à l'opération économique pour laquelle on a stipulé la convention d'arbitrage, ou est directement concernée par elle⁹⁹⁵.

⁹⁹² V. *Groupe de sociétés*, Fiches d'orientation, Dalloz, Août 2020. Consultable en ligne : <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000509>.

⁹⁹³ Sentence CCI 2375/1975, citée par Ibrahim FADLALLAH, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, in, *Trav. comité fr. DIP*, 6^{ème} année, 1984-1985. 1986, n° 6, p. 106. Dans une autre sentence : CCI n° 8910/1998, *JDI* 2000, p.1090, la notion de groupe de sociétés a été distinguée de celle de groupe de contrat en disant que : « Dans l'hypothèse du groupe de contrats, il y a pluralité d'accords, alors que dans l'hypothèse liée au groupe de sociétés, il y a pluralité de parties, mais unicité de contrat ».

⁹⁹⁴ V. en ces sens, Daniel COHEN, *Arbitrage et société*, thèse de doctorat, droit, préf. Bruno OPPETIT, L.G.D.J, 1992, n° 526, p. 275 : « si l'aspect interne n'est pas étudié, c'est sans doute que la jurisprudence n'a eu à se prononcer que sur l'arbitrage externe au groupe. Si elle n'a pas encore été posée aux tribunaux, c'est peut-être que l'arbitrage interne au groupe n'est pas fréquent ». V. également, Olivier CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, préf. Guy KEUTGEN, Bruylant, 2002, n° 444, p. 405.

⁹⁹⁵ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 721, p. 703.

646. Bien que le refus de l'extension de la convention d'arbitrage soit resté prédominant dans la jurisprudence arbitrale⁹⁹⁶, elle fut paradoxalement à l'origine et à l'initiative du mouvement de son admission⁹⁹⁷. D'ailleurs, la sentence *CIRDI Holiday Inns c./Morocco* en date du 1er juillet 1973 reflète cette initiative. Dans cette affaire, un accord de joint-venture a été signé par l'État marocain avec *Holiday Inns S.A*, filiale suisse de *Holiday Inns Inc.*, société américaine et la société *OPC*, société américaine, pour la construction de quatre hôtels. Sur les quatre hôtels, deux ont été achevés, les deux autres interrompus suite à une demande de renégociation des accords de la joint-venture. Le gouvernement marocain a donc interrompu les paiements et a refusé de délivrer les autorisations administratives nécessaires à la construction. Après l'échec des négociations, les sociétés *Holiday Inns S.A* et *OPC* ont déposé conjointement une requête d'arbitrage devant le CRDI. Le tribunal arbitral a considéré que la société mère était fondée à invoquer la convention d'arbitrage contenue dans le contrat de joint-venture, même si elle n'était pas signataire de la convention d'arbitrage, au motif que les sociétés avaient exécuté les obligations contenues dans cet accord. Un des commentateurs⁹⁹⁸ relevait que l'extension de la convention d'arbitrage à la société mère était aussi justifiée par l'intention commune des participants à l'opération, une participation qui est une preuve de l'unité du groupe.

647. Plusieurs sentences⁹⁹⁹ sont venues entériner cette tendance, mais la consécration s'est faite avec la sentence *Dow Chemical*¹⁰⁰⁰ du 23 septembre 1982, qui va être confirmée un an plus tard par la cour d'appel de Paris¹⁰⁰¹. Dans cette affaire, le litige portait sur l'exécution de deux contrats successifs de distribution de produits d'isolation thermique comprenant une clause d'arbitrage, par lesquels deux filiales du groupe américain *Dow Chemical Cie* avaient confié à trois sociétés françaises, aux droits desquelles se trouvait *Isover Saint Gobain*, la distribution de ces produits. Suite à des difficultés d'exécution, la société mère *Dow Chemical* et une autre de ses filiales, non-signataires de la convention d'arbitrage, ont saisi, conformément au règlement

⁹⁹⁶ *Id.*

⁹⁹⁷ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 896, p. 741.

⁹⁹⁸ Pierre LALIVE, « *The First World Bank Arbitration, Holiday Inns v. Morocco, Some Legal Problems, British Yearbook of International Law* », Vol. 51, Issue 1, 1980, pp. 123-162.

⁹⁹⁹ V. en ce sens : Sentence CCI n° 1434/1975, *JDI* 1976, p. 978 ; *Rec. CCI*, Vol. I, p. 262, *obs. DERAÏNS* ; Sentence CCI n° 2375/1975, *JDI* 1976, p. 973 ; *Rec. CCI*, Vol. I, p. 257 ; Sentence CCI n° 7604/1995 et 7610/1996, *JDI* 1998, p.1027, *obs. D.H* et p. 1053, *obs. J.-J.A.* ; Sentence CCI n° 10758/2000, *JDI* 2001, p. 1171, *obs. J.-J.A.* ; Sentence CCI n° 12605/2005, *JDI* 2008, p. 1193, *obs. S. J. et C. T.-N.* ; Sentence CCI n° 14753/2008, *JDI* 2011, p. 1257, *obs. F. M.-S.*

¹⁰⁰⁰ Sentence CCI n° 4131/1982, *JDI* 1983, p. 899 ; *Rec. CCI*, Vol. I, p. 465, *obs. DERAÏNS* ; *Rev. arb.*, 1984, p. 137.

¹⁰⁰¹ CA Paris, 21 oct. 1983, (*Sté Isover-Saint-Gobain c/Sté Dow Chemical France et a.*), *Rev. arb.*, 1984, p. 98 et s., *note CHAPELLE*.

de la CCI, le tribunal arbitral dont la société *Saint Gobain* a contesté la compétence puisqu'elle estime ne pas être signataire de la clause d'arbitrage. La question qui se posait aux arbitres était de savoir, si une convention d'arbitrage conclue par deux sociétés du groupe peut-elle être opposable aux autres sociétés du même groupe participant à l'exécution des contrats. Le tribunal arbitral a rejeté l'exception d'incompétence et a décidé qu'en se fondant sur la commune volonté des parties et sur les usages du commerce international : « *La clause compromissoire expressément acceptée par certaines 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* ». N'ayant pas obtenu gain de cause, la société *Saint Gobain* a fait un recours en annulation, très vite, rejeté par la cour d'appel de Paris.

648. La solution de l'arrêt *Dow Chemical* a été par la suite confirmée et suivie par une série d'arrêts. C'est ainsi qu'en 1986, la cour d'appel de Pau dans un arrêt rendu le 26 novembre a confirmé et repris textuellement le motif évoqué trois ans plus tôt par la cour d'appel de Paris et a même été jusqu'à dire qu'il était « *admis de droit* »¹⁰⁰². Même solution a été retenue en 1988, cette fois-ci, dans une affaire opposant la société *Kornas Marma* et la société *Durand Auzias*, la cour d'appel de Paris par un arrêt du 30 novembre a infirmé le jugement rendu par la juridiction consulaire de la même ville du 27 avril et a repris presque mot pour mot la motivation de l'arrêt *Dow Chemical* en jugeant que : « *La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant* »¹⁰⁰³. Dans un autre arrêt appelé *Orri*¹⁰⁰⁴, la cour

¹⁰⁰² CA Pau, 26 nov. 1986, (*Sponsor c/Lestrade*).

¹⁰⁰³ CA Paris, 30 novembre 1988, (*Kornas Marma c/Sté Durand Auzias*).

¹⁰⁰⁴ CA Paris, 11 janv. 1990, (*Orri c/Soc. des lubrifiants Elf Aquitaine*), *Rev. arb.*, 1992, p. 95, note COHEN ; *RTD com.*, 1992, p. 596, note LOQUIN et DUBARRY. La cour d'appel a jugé que : « *Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propre qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles existant entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage, dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait. Cet engagement trouve également sa source dans la notion de groupe de sociétés dès lors qu'il apparaît que la défenderesse a toujours été en relation d'affaires avec une personne présidant un groupe de sociétés formant un ensemble ayant une existence juridique et une indépendance partielle, tout en étant liées dans une unité économique soumise à un pouvoir unique* ».

d'appel de Paris et en se fondant sur la théorie de groupe de sociétés a pu décider l'attraction à l'arbitrage d'une personne physique tierce ayant joué l'apparence. Ce qui signifie que le mécanisme d'extension peut, dans le cadre des groupes de sociétés, être mobilisé aussi bien à l'égard des personnes morales comme physiques.

649. Cependant, il faut noter tout de même que l'appartenance ou l'existence d'un groupe de sociétés ne peut à elle seule justifier l'extension d'une convention d'arbitrage à une société non-signataire du même groupe¹⁰⁰⁵. Bien que la jurisprudence ait dû refuser l'extension de la convention d'arbitrage en raison de l'*inexistence d'une société mère*, comme c'est le cas par exemple de la décision rendue par la cour d'appel de Lyon qui, après plusieurs revirements¹⁰⁰⁶, s'est prononcée le 15 octobre 2013 pour la nullité de la sentence arbitrale du 7 octobre 2009. En effet, la cour d'appel a décidé que les sociétés défenderesses *Orthopaedic Hellas* et *Mediforce Hellas* « *ne constituent pas un groupe de sociétés, même si leurs associés appartiennent à la même famille ; qu'elles n'ont pas de société "mère" et ne sont pas soumises, entre elles, à des rapports d'autorité ou de dépendance* »¹⁰⁰⁷. À côté de l'existence du groupe de sociétés, d'autres éléments doivent s'y ajouter afin de justifier une telle extension. Parmi ces éléments, l'existence d'une communauté de droits et intérêts économiques n'est qu'un premier aspect auquel doit s'ajouter la recherche de la volonté des sociétés membres du groupe de se soumettre à l'arbitrage. Ainsi, l'on a pu par exemple présumer cette volonté à partir du critère de l'implication et de la participation de la société non-signataire à la réalisation, à l'exécution, ou encore à la résiliation du contrat objet du litige. Ce critère est, dans la plupart des cas, associé à celui de la connaissance.

650. D'autres critères, basés sur le comportement des personnes impliquées au litige, ont été également mobilisés pour justifier l'extension compromissaire. En effet, la jurisprudence a eu souvent recours à la théorie de la transparence, dont la théorie de la fraude qui vise à sanctionner les abus commis par la société impliquée dans la matière litigieuse, mais également la théorie de l'apparence. À propos de cette dernière, il arrive parfois que la société mère se serve du principe de l'indépendance

¹⁰⁰⁵ Si l'on observe le droit comparé, la doctrine de groupe de société en tant que telle n'est en réalité pas admise à justifier l'extension la convention d'arbitrage à une société non-signataire appartenant au même groupe. Si une extension est confirmée, elle n'est qu'exceptionnelle et relative à des circonstances exceptionnelles. V. en ce sens : Michel BODE, *Colloque « Arbitrage et Sociétés » organisé par le Comité français de l'arbitrage*, Paris, 16 novembre 2012, *CAPJIA*, 2013, p. 262.

¹⁰⁰⁶ Après une première sentence arbitrale, un recours en annulation a été formulé devant la cour d'appel de Grenoble, puis un pourvoi en cassation, avant que cette dernière ne revoie l'affaire devant la cour d'appel de Lyon.

¹⁰⁰⁷ CA Lyon, 15 oct. 2013, (*SAS AMPLITUDE C/Société C... Promodos et Cie Société Oébé Thouthou ET CIE*).

des personnalités morales des sociétés membres du groupe afin de se soustraire à ses responsabilités. Il faut observer que bien souvent la société mère, qui n'est autre que l'actionnaire majoritaire, contrôle ces sociétés aussi bien sur le plan juridique qu'économique et leur impose ses choix stratégiques. La société mère ne pourra alors se cacher derrière l'indépendance juridique ni nier le lien obligationnel qui existe entre elle et ses filiales. Elle ne pourra pas non plus se soustraire à l'effet des conventions souscrites par ses filiales, et parmi lesquelles il est possible de rencontrer une convention d'arbitrage, même si en apparence elle n'en est pas la véritable signataire. Ces théories, qui trouvent souvent application dans des droits étrangers, mais adoptées par le droit français, seront abordées en détail à la partie qui s'intéresse à l'extension de la convention d'arbitrage suivant le comportement du tiers non-signataire. Nous tenons également à préciser que la question de l'extension compromissoire en présence de groupes de sociétés sera régulièrement mentionnée afin de compléter son examen. Celle-ci sera examinée de manière approfondie à partir des critiques formulées à son encontre¹⁰⁰⁸ auxquelles nous tenterons d'apporter quelques propositions de solutions¹⁰⁰⁹.

651. L'esquisse à l'étude de l'extension de la convention d'arbitrage en présence des groupes de sociétés étant ici achevée, il convient présentement de mettre la lumière sur les cas d'extension à l'égard des tiers de la convention d'arbitrage relevés en matière de transport maritime.

§ 2. L'implication active du tiers dans les opérations de transport maritime

652. La convention d'arbitrage dans son milieu naturel. S'il y a bien un domaine où l'arbitrage règne en maître, c'est bien le transport maritime. Dans ce domaine, les relations sont indéniablement internationales ; les contrats qui y sont conclus sont souvent qualifiés d'internationaux, ce qui représente un terrain fertile pour la convention d'arbitrage. L'engouement pour l'arbitrage maritime n'est pas nouveau ; selon les historiens, les contrats d'assurance maritime furent les premiers contrats à comporter une convention d'arbitrage¹⁰¹⁰. Depuis ces temps, plusieurs

¹⁰⁰⁸ V. *infra*, n° 853 et s.

¹⁰⁰⁹ V. *infra*, n° 1171 et s.

¹⁰¹⁰ V. en ce sens : René RODIÈRE, *Assurances et ventes maritimes*, Dalloz, 1983, n° 197, cité par Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, 533.

institutions d'arbitrage se sont multipliées et spécialisées en la matière¹⁰¹¹ ; malgré les difficultés dont l'arbitrage maritime doit faire face aujourd'hui¹⁰¹², le recours à ces institutions est devenu presque systématique ; elles interviennent dans divers litiges et pouvant porter sur de multiples contrats. On peut, par exemple, soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs aux contrats d'affrètements, de construction, de ventes ou de livraisons de navires, de remorquage ou de sauvetage en mer, ou encore les contrats de transport maritime. Et c'est bien sur ces derniers que le contentieux est le plus abondant. Un contentieux en particulier s'est élevé, il s'agit de l'extension des effets de la convention d'arbitrage contenue dans un contrat de transport ou dans un contrat d'affrètement.

653. Généralement, le contrat de transport maritime réunit deux protagonistes — trois suivant la doctrine française qui considère le destinataire comme étant une personne hybride, c'est-à-dire à la fois étrangère au contrat de transport, mais aussi liée par lui¹⁰¹³ —. D'un côté il y a celui qui expédie la marchandise et, de l'autre côté, celui qui la transporte à sa destination finale. L'expéditeur peut être représenté par un chargeur ou être lui-même chargeur. Quant au transporteur, ce dernier peut être le propriétaire du navire ou être un simple affréteur, c'est-à-dire signataire d'un contrat d'affrètement. En effet, le contrat d'affrètement est le contrat par lequel un fréteur s'engage, moyennant rémunération, à mettre à la disposition d'un affréteur un navire¹⁰¹⁴. L'affrètement peut être en coque nue¹⁰¹⁵, à temps ou au voyage. Lorsque le contrat d'affrètement est à temps, l'affréteur est responsable uniquement de la gestion nautique du navire et est considéré comme le transporteur aux yeux du destinataire. En revanche, si l'affrètement est au voyage, le fréteur est responsable de la gestion commerciale et nautique du navire et a donc la qualité de transporteur¹⁰¹⁶.

¹⁰¹¹ On peut citer à juste titre la Chambre arbitrale maritime de Paris, les Arbitres maritimes associés du Canada, la Commission d'arbitrage maritime de Chine, Chambre d'arbitrage maritime de Singapour, etc.

¹⁰¹² François ARRANDON, « Les dérives de l'arbitrage maritime », *LICAM*, n° 20, 2009 ; Bruce HARRIS, « L'avenir de l'arbitrage maritime », *LICAM*, n° 17, 2008.

¹⁰¹³ V. en ce sens : Alexandre MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3 : « [Le destinataire] ni vraiment tiers ni vraiment partie à ce contrat » ; Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 534, p. 497 et s. ; Antoine VIALARD, *Droit maritime*, PUF, 1997, p. 376.

¹⁰¹⁴ V. art. L.5423-1 du Code du transport qui dispose que : « Par le contrat d'affrètement, le fréteur s'engage, moyennant rémunération, à mettre un navire à la disposition d'un affréteur. Les dispositions du présent chapitre sont supplétives de la volonté des parties. »

¹⁰¹⁵ Le navire est mis à disposition sans armement ni équipements, ou avec un armement et un équipement incomplet.

¹⁰¹⁶ V. en ce sens : CA Aix, 8 sep. 1994, cité par Philippe SIMON, « Qui est le transporteur maritime ? », *DMF* 1995, p. 26, spéc. p. 27 : « En cas d'affrètement, l'affrètement à temps... et le fréteur au voyage... ont la qualité de transporteur ». Cité par Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, sous note n° 26, p. 499.

654. De ces précisions, trois cas de figure se dessinent et dans lesquels l'effet de la convention d'arbitrage peut être étendu. D'abord, il y a le cas de l'extension de la convention d'arbitrage contenue dans le connaissement nominatif au destinataire de la marchandise, qui est en principe tiers à cet acte. Ensuite, il y a le cas de l'extension de la clause d'arbitrage contenue dans le connaissement au porteur aux détenteurs successifs de celui-ci. Ces deux cas seront traités en un seul titre : l'extension de la convention d'arbitrage insérée dans un connaissement (A). Enfin, il y a le cas d'extension de la convention d'arbitrage contenue dans le contrat d'affrètement ou dans la charte-partie qui établit les conditions de ce contrat, à la fois au destinataire de la marchandise et à l'égard de l'expéditeur (B).

A. *L'extension de l'arbitrage contenu dans un connaissement*

655. Le connaissement est « l'acte écrit faisant preuve de la réception par le capitaine à bord de son navire, des marchandises désignées et décrites dans l'acte. C'est plus précisément le connaissement embarqué »¹⁰¹⁷. Le connaissement est donc le titre de transport établi entre l'expéditeur et le transporteur permettant, à la fois, d'attester du chargement de la marchandise à bord du navire et de l'existence du contrat de transport — titre probatoire —. Le connaissement est aussi un titre négociable, ce qui lui permet donc de changer de mains et de se transmettre par les voies simplifiées de l'endossement. Il s'agit donc de s'interroger ici sur la possibilité pour le destinataire ainsi que pour les détenteurs successifs du connaissement d'être inclus dans son champ contractuel et ainsi être attirés, ou demander à être attirés, à l'arbitrage dont ils n'ont pas été signataires. Autrement dit, le destinataire et les détenteurs successifs du connaissement sont-ils des parties ou des tiers au contrat de transport ? Et la convention d'arbitrage leur sera-t-elle opposable ?

656. L'affirmation selon laquelle le destinataire de marchandises ou les détenteurs successifs du connaissement sont parties au contrat de transport maritime est absente des textes législatifs. Il reste qu'une ancienne jurisprudence¹⁰¹⁸ reconnaît au destinataire de marchandise la qualité de partie au contrat de transport, même si cette assimilation va à l'encontre du droit communautaire¹⁰¹⁹ ou certains droits

¹⁰¹⁷ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 237, v. *connaissement*.

¹⁰¹⁸ Cass. com., 15 juin 1959, DMF 1959, p. 656.

¹⁰¹⁹ CJCE, 27 oct. 1998, (*Navire Albasgracht*), DMF 1999, p. 9, obs. DELBECQUE.

étrangers, notamment anglais, pour qui le destinataire est un tiers au contrat¹⁰²⁰. La qualité de partie a été justifiée, selon la jurisprudence, par le fait que le destinataire, en acceptant la marchandise, a adhéré au contrat de transport. Ainsi, la question de l'application de la convention d'arbitrage à son égard semble être résolue. Pourtant, cette solution a connu de nombreux rebondissements.

657. En ce qui concerne l'opposabilité de la convention d'arbitrage contenue dans un connaissance nominatif au destinataire, c'est-à-dire lorsque le nom du bénéficiaire — le destinataire — est directement inscrit sur le titre et qu'il lui revient de l'endosser, la jurisprudence et après hésitation¹⁰²¹, l'admet sous réserve d'une acceptation spéciale. En effet, l'extension de la convention d'arbitrage au destinataire était subordonnée à la preuve que la clause a bien été portée à sa connaissance et qu'elle a été acceptée par lui. Ces deux conditions ont été dégagées par plusieurs arrêts, notamment, l'arrêt *Stolt Osprey*¹⁰²². Dans cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que la cour d'appel qui admet que le destinataire, en raison de sa qualité de destinataire et porteur du connaissance, est partie au contrat de transport et « *ne saurait se soustraire aux obligations contractées lors de la conclusion de la convention* », a violé les articles II. 2. de la Convention de New York qui établit les conditions de la validité d'une clause d'arbitrage. Selon la Cour de cassation : « *Le transport était effectué selon les termes de la charte-partie tenue comme régissant les rapports des parties intéressées au transport et que les clauses de ce contrat, parmi lesquelles la stipulation litigieuse, n'avaient pas été portées à la connaissance du destinataire, mais qu'il était seulement mentionné que ladite charte-partie pouvait être obtenue auprès du chargeur ou de l'affréteur* ». La Cour ajoute « *Pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissance doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il a adhéré au contrat de transport* ».

658. À la lecture de cet arrêt, plusieurs observations méritent une attention soutenue. D'abord, de comprendre la distinction qui peut être faite entre l'acceptation de marchandises, l'acceptation du connaissance et l'acceptation de la

¹⁰²⁰ V. en ce sens : Marina PAPADATOU, *La convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises : étude comparée des droits français, hellénique et anglais*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Charles JARROSSON, Paris II, 2014, n° 56, p. 61.

¹⁰²¹ V. CA Paris, 24 mars 1992, DMF 1993, p. 346, note TASSEL.

¹⁰²² Cass. com., 29 nov. 1994, (*Navire Stolt-Osprey*), DMF 1995, p. 218, note TASSEL. V. également, Cass. com., 20 juin 1995, *Rev. arb.*, 1995, p. 622, note GOUTAL ; Cass. com., 14 nov. 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 559, note LEGROS ; CA Rouen, 28 fév. 2002, BTL 2002, p. 356, CA Rouen, 8 oct. 2002, (*Navire Walka Mlodych*), *Rev. arb.*, 2003, p. 1341, note LEGROS ; DMF 2003, p. 547, obs. TASSEL ; CA Douai, 30 oct. 2003, DMF 2004, p. 253, obs. DELEBECQUE.

convention d'arbitrage. Surtout que le destinataire ne connaît pas forcément le détail du connaissement et encore moins les conditions de la charte-partie. L'acceptation par le destinataire de la marchandise est, en réalité, une acceptation du connaissement qui se réalise simultanément. Toutefois, cela ne peut vouloir dire que le destinataire consent *ipso facto* à la convention d'arbitrage. Autrement dit, en acceptant la marchandise et donc le connaissement, le destinataire aurait adhéré au contrat de transport, qu'une acceptation spécifique de la convention d'arbitrage est alors requise : le fondement de l'acceptation spéciale de la convention d'arbitrage serait donc l'adhésion du destinataire au contrat de transport. Ensuite, si cette adhésion est confirmée, cela signifie que le destinataire devient une partie au contrat et non un tiers. Pourquoi parle-t-on alors de l'opposabilité et non de force obligatoire ?

659. Toutes ces interrogations ont amené la jurisprudence, depuis quelques années, à marquer un rapprochement avec des solutions plus libérales. Effectivement, par deux arrêts¹⁰²³, la Cour de cassation avait jugé que les litiges opposant le transporteur au destinataire de la cargaison et dès lors que la clause contenue dans le connaissement est valide à produire ses effets, il revient au tribunal arbitral et à lui seul de se prononcer sur sa compétence y compris sur les questions relatives à l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, ainsi que son extension, c'est-à-dire l'opposabilité de la convention d'arbitrage au destinataire¹⁰²⁴. Il y a là une évolution majeure, car c'est pour la première fois que la chambre commerciale de la Cour de cassation — et non pas la chambre civile — qui était en avance sur cette question¹⁰²⁵, fait jouer le principe de compétence-compétence et ne se prononce pas directement sur la question de savoir si la clause d'arbitrage est opposable ou non au destinataire. Aussi, le mouvement de libéralisation de la clause compromissoire¹⁰²⁶ en matière maritime, s'est fait également au détriment du consentement qui se voit désormais présumé si l'on interprète l'arrêt susmentionné qui admet que les assureurs subrogés ne peuvent se prévaloir de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du destinataire « *en l'absence du consentement exprès*

¹⁰²³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Rev. arb.*, 2006, p. 437, note CACHARD; Cass. com., 21 fév. 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 943.

¹⁰²⁴ Cependant, il faut noter que seule la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage est en mesure de faire échec à cette priorité, à condition que le juge judiciaire soit saisi en premier conformément aux dispositions l'article 1458 du CPC.

¹⁰²⁵ V. entre autres, Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 530 et s., note GAILLARD; *JCP E*, 2002, 274, p. 277 et s., note KAPLAN et CUNIBERTI; *RTD com.*, 2002, p. 49 et s., obs. LOQUIN; v. aussi, Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 723, p. 709.

¹⁰²⁶ V. en ce sens : Giles ROUZET, « Libéralisation de la clause compromissoire », *Deffrénois*, n° 24, 2016, p. 1299.

dès lors qu'il est habituel qu'une clause d'arbitrage international soit insérée dans un contrat de transport maritime »¹⁰²⁷. En effet, en se référant aux usages du commerce maritime, le consentement est reconnu tacite en l'absence de volonté contraire, puisqu'on estime qu'il est habituel¹⁰²⁸ d'insérer ce type de clause dans les contrats de transport maritime.

660. Même s'il paraît hâtif de se conformer à une telle position qui relève du pur artifice¹⁰²⁹, voire de l'incertitude¹⁰³⁰, on pense que si l'évolution sur la question du consentement, d'un consentement censé être formel à un consentement présumé, est confirmée par la jurisprudence française, cela laisse entendre que la qualité du destinataire est aussi susceptible d'évolution. On le sait, la force obligatoire qui oblige les parties doit se soumettre à la condition du consentement formel. Si jamais le consentement présumé évolue vers une seule condition qu'est la connaissance de l'existence de la clause par le destinataire, on serait alors dans une mutation des effets, c'est-à-dire d'une situation dans laquelle l'effet est obligatoire à une situation où l'effet devient opposable¹⁰³¹. Ce qui veut dire que le destinataire délaissera son statut de partie au contrat ou d'hybride pour enfileur la qualité de tiers véritable¹⁰³². Toutefois, ces solutions sont différentes lorsqu'il est question des détenteurs successifs du connaissement. Puisque le connaissement est un titre négociable, c'est-à-dire qu'il peut être établi au porteur, cette caractéristique lui permet d'être transmis d'un chargeur à un nombre quel qu'il soit de parties, chaque partie l'endossant pour

¹⁰²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *préc. citée.*, V. également CA Versailles, 6 janv. 2003, cité par, Lettre d'information de la CAMP, n° 3, 2003-2004 : « La clause compromissoire ne peut être ignorée des divers intervenants au transport, dès lors que la clause est, selon les termes de la Cour, conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées en avoir connaissance et qui est connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée ».

¹⁰²⁸ La notion d'habitude contractuelle est rappelée également à l'article 17-c par la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ; V. également l'article 23 du Règlement (CE) n° 44/2001.

¹⁰²⁹ Smahane AKHOUAD, *op. cit.*, n° 589, p. 554.

¹⁰³⁰ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 723, p. 709.

¹⁰³¹ Mais d'un autre côté, cette affirmation peut être contrée en disant que le consentement n'est pas toujours un critère pour définir la qualité de partie au contrat, comme on l'a vu avec les mécanismes translatifs. En effet, que le mécanisme soit translatif de la position contractuelle ou de la totalité du patrimoine (cas d'ayants cause à titre particulier suite à une cession de contrat et les ayants cause universels, qui deviennent des parties au contrat) ou qu'il soit translatif à titre particulier (dont les ayants cause ont été considérés comme des tiers) le consentement était dans tous les cas présumés.

¹⁰³² Une qualité de tiers véritable que nous admettons, et cela, pour plusieurs raisons. D'abord, du fait que le destinataire n'est jamais signataire du contrat de transport. Ensuite, bien que l'on considère généralement le destinataire comme faisant partie du contrat de transport maritime en raison de son adhésion, il faut dire cependant que cette considération est mesurée et que la majeure partie de la doctrine est précautionneuse. À titre d'exemple, le Doyen Rodière préfère appeler le destinataire *d'associé* au contrat de transport — René RODIÈRE, *Transport maritime*, Encycl. D., *Rép. com.*, 1974, n° 7, cité par Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, sous note n° 30 — ou encore M. MALAN qui considère que le destinataire n'est *ni vraiment tiers ni vraiment partie à ce contrat* — Alexandre MALAN, *préc. cité* —. Enfin, la théorie du destinataire partie-adhérente au contrat de transport, qui commande la connaissance et une acceptation par le destinataire, s'effrite du fait de l'évolution libérale de la jurisprudence qui va vers une simple connaissance de la clause par la partie à laquelle on l'oppose.

céder le titre à la partie suivante¹⁰³³. Au regard des techniques d'endossement, il semble que l'extension de la convention d'arbitrage aux détenteurs successifs du connaissement ne pose pas de difficulté particulière, car le mécanisme permettant un tel rayonnement est en réalité le mécanisme translatif de droits et d'obligations. En effet, dès lors que la convention d'arbitrage, insérée dans le corps du connaissement ou le plus souvent dans la charte-partie à laquelle il renvoie, est valide, elle est opposable au tiers porteur, puisqu'en acquérant le connaissement, le tiers porteur succède au chargeur dans ses droits et obligations envers le transporteur. Cette solution est adoptée par plusieurs jurisprudences¹⁰³⁴, en témoigne un arrêt¹⁰³⁵ de la Cour de cassation en date du 11 juillet 2006. En l'espèce, un connaissement, a été établi entre un chargeur et un affréteur. Ayant constaté des avaries à l'arrivée, le destinataire a saisi le tribunal de commerce de Bordeaux d'une demande d'indemnisation formée contre les assureurs de la cargaison. Ces derniers ont appelé en garantie l'armateur, qui semblait conclure un contrat d'affrètement au voyage dont la charte-partie à laquelle il renvoie contient une clause compromissoire. Invoquant la clause d'arbitrage, l'armateur a demandé au tribunal de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision des arbitres anglais sur leur propre compétence.

661. Les assureurs font grief à l'arrêt confirmatif rendu par la cour d'appel de Bordeaux le 20 juin 2005 d'avoir rejeté leur contredit de compétence et confirmé le jugement les ayant renvoyés à mieux se pourvoir. En réponse aux moyens invoqués par les assureurs, la Cour de cassation a jugé que : « *Ayant relevé qu'un connaissement était soumis à une charte-partie prévoyant un arbitrage à Londres, que les clauses de la charte-partie étaient opposables aux détenteurs successifs du connaissement comme en faisant partie intégrante et que les assureurs de la marchandise transportée n'apportaient pas la preuve de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, une cour d'appel en déduit exactement que le juge français est incompétent pour connaître de la demande d'indemnisation formée à la suite de dégâts survenus à la marchandise transportée, dès lors qu'il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur l'existence, la validité et*

¹⁰³³ À condition que la partie qui transfère le titre soit désignée sur le connaissement qu'elle détient. Le non-respect de cette condition entraîne une rupture de la chaîne du titre ; toutes les prétendues cessions de titre après cette rupture sont invalides.

¹⁰³⁴ CA Rouen, ch. civ. 2^{ème}, 27 nov. 1986, (*Société Méditerranéenne Shipping Co SA c./C.R.A.M.A de la Réunion et U.R.C.O.O.P.A*) ; V. la même solution avec la clause attributive de juridiction : CJCE, 19 juin 1984, n° 71/83, (*Tilly Russ c/Haven*), Rec. CJCE 1984, p. 2417 ; JDI 1985, p. 159, note BISCHOFF ; RCDIP 1985, p. 385, note GAUDMETTALLON ; CJCE, 16 mars 1999, n° C -159/97, (*Trasporti Castelletti c/Hugo Trumpty*), RCDIP 1999, p. 559 ; JDI 2000, p. 528, note HUET ; CJCE, 9 nov. 2000, n° C -387/98, (*Coreck Maritime c/Handelsveerm*), D. 2000, IR. 298 ; RTD com. 2001, p. 306, obs. DELEBECQUE ; RCDIP 2001, p. 359, note BERNARD-FERTIER ; JDI 2001, p. 701, note BISCHOFF.

¹⁰³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, 05-18681, (*Société Generali France assurances et autres c. Société Universal legend et autre*).

l'étendue de la convention d'arbitrage ». La Cour a construit sa motivation selon le principe de la subrogation, qui est un mécanisme translatif de droits. La position de la Cour c'est qu'il n'y a aucun doute sur le fait que l'assuré est une partie au contrat dans lequel figure la convention d'arbitrage et que l'assureur est subrogé dans ses droits. La clause lui est donc naturellement opposable suivant ce mécanisme.

662. Ainsi pour résumer, nous pensons que seuls les détenteurs successifs du connaissement peuvent être assimilés à des parties au contrat de transport et non pas le destinataire. En effet, comme nous l'avons évoqué plus haut, il y a une possibilité d'aligner les solutions relatives à l'opposabilité de la convention d'arbitrage au tiers porteur sur celles admises au cas de transfert d'obligations. Ainsi, en détenant le connaissement, le tiers porteur aurait nécessairement succédé au chargeur dans ses droits et obligations, y compris la clause compromissoire qui se transmet en tant qu'accessoire, et cela, même si elle est insérée par référence à un autre document. En revanche, le mécanisme translatif ne marche pas lorsqu'il est question du connaissement nominatif, seul le mécanisme extensif est capable de faire rayonner les effets de la clause d'arbitrage, car le destinataire est au bout de la chaîne du transport, c'est à lui que profite le contrat et qui s'éteint à la réception de la marchandise, si elle est conforme à ce qui a été prévu au contrat de vente.

663. Quoi qu'il en soit du fondement en cause, l'opposabilité de la convention d'arbitrage au destinataire ou aux détenteurs successifs est acquise selon les conditions précédemment citées, et cela, que la convention soit conclue dans un connaissement nominatif, au porteur, qu'elle soit stipulée dans le texte du connaissement ou référencée dans une charte-partie. Reste à savoir si la clause compromissoire peut être étendue au chargeur lorsqu'elle est insérée dans un contrat d'affrètement ou dans la charte partie qui l'organise.

B. L'extension de l'arbitrage contenu dans un contrat d'affrètement

664. Le contrat de transport maritime doit être distingué du contrat d'affrètement. Ce dernier, matérialisé souvent par la charte-partie, a pour objet le navire et sa mise à disposition, tandis que le contrat de transport, matérialisé par le connaissement, a pour objet le transport de la marchandise. Juridiquement, ces deux contrats sont distincts et ne doivent pas être confondus, mais dans la pratique

maritime, ces contrats coexistent, s'imbriquent et s'associent. La preuve de leur enchevêtrement c'est qu'ils ont un partenaire commun qu'est l'affréteur ou l'affrété et souvent une charte commune, qu'est la charte-partie. Autrement dit, même si leur objet est différent, leur objectif semble commun : transporter la cargaison.

665. Cette précision étant apportée, une convention d'arbitrage insérée dans un contrat d'affrètement, ou dans une charte-partie, entre un armateur et un affréteur sera-t-elle opposée au et par le chargeur-expéditeur ? Deux hypothèses sont souvent présentées : il y a le cas de l'affréteur au voyage qui demande au capitaine de lui établir un connaissement et le cas de l'affréteur qui utilise le navire à temps, c'est-à-dire affrété sur une ligne régulière, et délivre des connaissements à ses chargeurs. En principe, on considère la charte-partie comme un acte étranger aux parties au connaissement et qu'elle ne saurait les lier. Vu de cet angle, la convention d'arbitrage serait donc inopposable aux chargeurs et au destinataire de marchandises.

666. Seulement voilà qu'en pratique, lorsque l'on achemine une marchandise à une tierce personne, la qualité et le régime applicable à chacun des opérateurs changent. Selon un auteur, « le connaissement reste un reçu de marchandise pour les relations des frêteurs-affréteurs, mais aussi une preuve du contrat de transport conclu entre ceux-ci et le destinataire, tiers porteur du connaissement »¹⁰³⁶. Il en résulte que, dès lors qu'un contrat d'affrètement est conclu, un contrat de transport est formé par la suite. La connexion entre les deux contrats serait le connaissement dont les conditions qui régissent son organisation renvoient à une charte-partie qui, elle-même, matérialise le contrat d'affrètement. Autrement dit, le connaissement de charte-partie. Si l'on reprend l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juillet 2006, précédemment cité, les juges avaient clairement rappelé que la charte-partie fait partie intégrante du connaissement dans la mesure où celui-ci y renvoie expressément, en conséquence c'est aux parties qu'il appartient de prendre connaissance de l'ensemble des dispositions auxquelles se réfère leur contrat. De cet arrêt, il semble logique que si on a pu opposer la convention d'arbitrage, insérée par référence à une charte-partie, aux détenteurs successifs dont ils n'ont pas négocié les termes, comment pourrait-on ne pas l'admettre à l'égard du chargeur-expéditeur, qui plus est, une partie initiale au connaissement ? Par rapprochement avec ce qui est admis dans le cas d'une clause attributive de juridiction, il est certain que l'opposabilité de la convention d'arbitrage

¹⁰³⁶ V. Agnès ROYER-FLEURY, *Essai d'une théorie juridique du connaissement et des autres titres de transport maritime*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Yves TASSEL, Nantes, [microfiche], 2004, n° 177, p. 121, citée par Marina PAPADATOU, *op. cit.*, sous note, n° 101, p. 35.

au chargeur-expéditeur n'est plus à démontrer, seulement, cette opposabilité doit être subordonnée à l'acceptation du chargeur-expéditeur, comme le confirme un arrêt de 1994 : « *doit avoir été acceptée au plus tard au moment de la conclusion du contrat* »¹⁰³⁷. La signature du connaissance manifeste cette acceptation.

667. Il faut s'en tenir à cette vue des choses. Ce que l'on peut dire sur le cas de l'arbitrage inséré dans une charte-partie, c'est que ce choix de justice rayonne sur tous les protagonistes au contrat de transport. Chargeur-expéditeur, tiers porteur ou destinataire de marchandises, sont tous liés et attirés à l'arbitrage, à la condition qu'ils démontrent d'une connaissance et d'une acceptation de la convention d'arbitrage. Concentrons-nous maintenant sur l'implication active du tiers dans le financement de l'arbitrage

§ 3. L'implication active du tiers dans le financement de l'arbitrage

668. Rien ne doit empêcher une clause d'arbitrage de produire ses effets et d'atteindre sa pleine efficacité. L'impécuniosité d'une partie signataire pose une difficulté majeure en droit de l'arbitrage. Elle le paralyse. C'est la raison pour laquelle il existe des possibilités de faire financer les procédures d'arbitrages par un tiers lorsque la partie impécunieuse est demanderesse, car c'est elle qui doit avancer les frais de l'arbitrage. En effet, lorsque le plaideur n'est pas en capacité de régler les honoraires des avocats, des arbitres, des institutions d'arbitrages, ou encore ceux des experts, il peut, sauf si les parties signataires renoncent à la clause d'arbitrage par un commun accord, se tourner vers des organismes financiers spécialisés¹⁰³⁸. Le tiers financeur est rémunéré sur les gains du procès. Ces gains sont généralement évalués en amont suivant les faits et les éléments de l'affaire présentés par le plaideur. Autrement dit, un procès ingagnable a de grandes chances de ne pas obtenir financement, à moins que le plaideur ne recoure à d'autres formes de financement tel que le financement par la partie adverse, ce qui est logiquement improbable, par

¹⁰³⁷ Cass. com., 29 nov. 1994, DMF, 1995. 209, note BONASSIES.

¹⁰³⁸ V. en ce sens : Philippe PINSOLLE, « *Le financement de l'arbitrage par les tiers* », *Rev. arb.*, 2011, p. 385 ; Catherine KESSEDJIAN, *Le financement de contentieux par un tiers. Third Party litigation Funding*, L.G.D.J., éd. Panthéon-Assas, 2012 ; Maximin DE FONTMICHEL, « *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français* », *Rev. soc.*, 2012, p. 279 ; Khalil MECHANTAF, *Le financement de l'arbitrage par un tiers : une approche française et internationale*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Loïc CADIET, Paris I, 2019.

cession de créances, par le recours aux assurances, ou encore par le recours aux philanthropes¹⁰³⁹.

669. Le tiers financeur est assurément tiers au procès, mais il le suit de très près. Ce qui nous amène à se poser la question suivante : puisqu'il s'implique au contentieux à travers le financement de sa résolution, le tiers financeur peut-il être attiré à l'arbitrage et se voir ainsi opposé et subir les effets de la clause d'arbitrage ? Avant de répondre à cette question, il est important de rappeler que l'existence du contrat de financement n'est généralement pas portée à la connaissance de la partie défenderesse ni à celle des arbitres. Il est souvent conclu dans le plus grand secret. Cela dit, nous pensons que ce contrat doit être connu par la partie adverse et par le tribunal arbitral afin d'écartier tout risque d'opacité qui découlerait des clauses de confidentialité et d'éviter que le tiers financeur ne soit en conflits d'intérêts. Il est donc de l'intégrité, mais surtout de l'efficacité de l'arbitrage, que toutes les questions liées au litige et à la procédure arbitrale, y compris le financement de ses frais, soient portées et traitées par l'arbitre pour décider de l'attraction ou non du tiers financeur.

670. Très récemment, la cour d'appel de Paris¹⁰⁴⁰, en décidant de recevoir favorablement la décision du tribunal arbitral qui s'est déclaré incompétent à l'égard du tiers financeur — indûment — attiré à l'instance arbitrale en tant que co-demandeur, vient donc, pour la première fois, clarifier et encadrer la position du tiers financeur eu égard à ses activités de financement des procédures arbitrales. Ainsi, elle a confirmé que la signature d'une convention de tiers financeur n'entraîne pas la qualification de ce dernier en co-demandeur dès lors qu'il n'est pas propriétaire ni cessionnaire des actions d'une des sociétés défenderesses qu'il devait récupérer en cas de sentence favorable à la partie financée. Il n'était que le bénéficiaire éventuel des actions de la société. Par conséquent, la clause d'arbitrage ne lie que les actionnaires ; elle ne peut donc être transmise ni étendue au tiers financeur. Par ailleurs, la cour a relevé que : « *S'agissant enfin de l'immixtion d [u] [...] tiers financeur [dans la procédure arbitrale], au point de se voir étendre la clause compromissoire, il appartient aux recourants non seulement d'en établir la réalité, mais encore de rapporter la preuve que cette immixtion n'est pas inhérente à sa qualité de tiers-financeur participant nécessairement à la procédure, seules des circonstances exceptionnelles pouvant permettre une telle extension* ».

¹⁰³⁹ V. en ce sens : Khalil MECHANTAF, *op. cit.*

¹⁰⁴⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 16^{ème}, 25 janv. 2022, n° 13-2022.

671. Nous partageons la position de la cour d'appel sur un point : le tiers financeur ne peut être un co-demandeur, car il n'est pas le signataire de la clause d'arbitrage et ne peut être considéré comme substituant de la partie financée contrairement à ce que pensent certains auteurs¹⁰⁴¹. Cela ne signifie pas pour autant que la clause d'arbitrage est irrémédiablement inopposable au tiers financeur. Bien évidemment, si les intérêts du tiers financeur et ceux de la partie financée sont distincts, l'attraction du tiers financeur serait alors injustifiée. En revanche, si l'on démontre que l'intervention du tiers financeur est loin d'être un simple « *coup de main* » donné à la partie impécunieuse pour financer ses frais d'arbitrage, mais qu'elle dépasse largement la mission et le cadre du financement, son attraction serait alors justifiée. D'ailleurs, la décision de la cour d'appel de Paris le mentionne très explicitement : « (...) *il appartient aux recourants non seulement d'en établir la réalité, mais encore de rapporter la preuve que cette immixtion n'est pas inhérente à sa qualité de tiers-financeur participant nécessairement à la procédure, seules des circonstances exceptionnelles pouvant permettre une telle extension* ». Mais ce n'est pas n'importe quelle preuve, car le fait d'alléguer, par exemple, que la société financeur « *soit intéressée à l'issue du litige sous une autre forme que simplement pécuniaire, à savoir la cession d'actions d'une société concurrente, et qu'elle soit un tiers financeur occasionnel, ne constitue pas plus une circonstance exceptionnelle qui justifierait de lui étendre la clause compromissoire* ».

672. Il faut dire que les arguments de la cour sont un peu mystérieux. En effet, dans toutes les décisions relatives à l'extension compromissoire, la jurisprudence n'a jamais fait mention d'une pareille exigence, à savoir apporter la preuve de « *la réalité de l'immixtion* », c'est-à-dire dans notre cas justifier que l'implication du tiers financeur « *n'est pas inhérente à sa qualité de tiers-financeur participant nécessairement à la procédure* ». Pourquoi alors exiger une telle preuve lorsqu'il s'agit du tiers financeur ? A-t-elle voulu par cette décision favoriser l'arbitrage et donc donner une très grande efficacité à la convention d'arbitrage ? En outre, la décision qui consiste à écarter le tiers financeur de tout risque qu'il pourrait encourir lorsqu'il finance l'arbitrage, notamment de se voir opposer une clause d'arbitrage, ne joue-t-elle pas en faveur du développement de ce mode de financement, car, après cette décision, le tiers financeur n'a plus à appréhender les conséquences de son immixtion ? Son statut est, désormais, un peu plus encadré.

¹⁰⁴¹ V. par exemple : Khalil MECHANTAF, *op. cit.*, n° 676, p. 284. Selon cet auteur : « *Un financeur qui s'engage à financer un procès arbitral dont le fondement réside dans une convention d'arbitrage stipulée dans un contrat auquel il est tiers, peut être considéré comme une implication dans la vie du ce contrat, donc justifier l'extension de ladite convention* ».

673. Nous restons tout de même convaincus que tous les ingrédients, penchant en faveur d'une extension compromissive à l'égard du tiers financeur, sont réunis. Il ne s'agit surtout pas de le qualifier de co-demandeur ou de substituant de la partie demanderesse, car il est bel et bien un tiers non-signataire. En effet, bien qu'il soit un non-signataire, en vertu de l'accord distinct signé avec la partie impécunieuse, il a un certain degré d'intérêt financier dans l'issue de l'affaire, ainsi qu'un certain degré de contrôle sur la demande ou la défense, ce qui justifie son implication au litige, mais qui ne justifie pas son acceptation de l'arbitrage, car son implication ne peut pas être facilement assimilée à un consentement à l'arbitrage. Mais force est de constater que cette divergence entre l'implication économique et le consentement à l'arbitrage n'est pas propre au tiers financeur, car elle constitue plutôt un trait caractéristique des multiples scénarios dans lesquels se trouvent les non-signataires. D'ailleurs, le consentement n'est, dans le cas d'extension, que tacite reposant sur une double présomption. L'objectif sous-jacent est donc d'établir un statut procédural des tiers financeurs par rapport au paradigme contractuel traditionnellement bipolaire de l'arbitrage, sans négliger l'exigence du consentement¹⁰⁴².

674. En somme, il est de l'intérêt du procès que le tiers financeur, lorsque son implication ne dépasse pas le cadre inhérent à la qualité du financeur, soit attiré à la procédure à titre *facultatif*, et ce, non pas pour être une partie à l'instance au même titre que la partie défenderesse, mais comme une source de renseignement. En effet, l'arbitre peut décider l'attraction d'une personne tierce s'il estime que cette dernière pourrait l'aider à se saisir « *de tous les aspects économiques du litige* ». En revanche, son attraction ne fera aucun doute lorsqu'il dépasse le cadre de sa mission ; il doit être considéré toutefois comme n'importe quel tiers, proche du cercle contractuel, qui s'implique dans le litige des parties.

Conclusion de la section I

675. L'implication active dans un contrat contenant une clause d'arbitrage peut prendre plusieurs formes. Trois cas sont souvent cités. Il s'agit de l'implication active d'un tiers dans les relations de groupes, dans les opérations du transport, ou encore dans le financement de l'arbitrage. S'agissant de l'implication du tiers dans les

¹⁰⁴² V. en ce sens : Jonas VON GOELER, *Third Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016, p. 209.

relations de groupes, celle-ci peut se faire en présence de contrats ou de sociétés liés. Dans un groupe de sociétés, le principe est que la convention d'arbitrage est étendue à toutes les sociétés impliquées dans la réalisation de l'opération économique pour laquelle la clause d'arbitrage a été stipulée. En effet, la convention d'arbitrage a une efficacité et une validité propres qui commandent d'en étendre l'application aux personnes directement impliquées dans la négociation, la conclusion ou l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter.

676. Ce principe est aussi valable même au-delà de l'hypothèse de groupe de sociétés. C'est le cas dans un ensemble contractuel ou de sous-contrats où les arbitres et les juges ont décidé d'étendre les effets d'une clause d'arbitrage à tous les contrats de l'ensemble en dehors de tout lien organique particulier entre parties signataires et non-signataires de la convention d'arbitrage, et ce, en raison de l'indivisibilité contractuelle qui caractérise ces ensembles, mais également parce que les contractants extrêmes s'impliquent dans l'exécution d'une même opération économique.

677. Mais la question de l'implication ne se pose pas seulement dans les relations de groupes, elle est également une condition centrale de l'extension dans les opérations triangulaires, notamment de transport et plus spécialement le transport maritime qui connaît de multiples intervenants. Un contrat de transport est un contrat tripartite. Bien que non-signataire de la convention d'arbitrage conclue entre expéditeur et transporteur, le destinataire subit les effets d'une convention d'arbitrage au même titre que les signataires du connaissement et les détenteurs successifs de ce connaissement. Cette la même solution d'extension a été également retenue à l'égard du chargeur-expéditeur en présence d'un contrat d'affrètement.

678. Enfin, l'implication du tiers peut justifier l'extension de l'arbitrage lorsque ce dernier intervient en tant que financeur de l'arbitrage de la partie impécunieuse, précisément la partie demanderesse. La règle est simple : si l'implication du tiers financeur n'est pas inhérente à sa qualité, celui-ci peut être attiré à l'arbitrage. En revanche, si son implication se cantonne au cadre de sa mission, son attraction peut être demandée, mais uniquement dans le but de renseigner l'arbitre sur la situation des parties au procès, notamment leur situation financière.

SECTION II : L'EXTENSION COMPROMISSOIRE EN RAISON D'UNE IMPLICATION PASSIVE

679. Si l'on a pu admettre l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers non-signataires en raison de leur implication active au contrat, la jurisprudence a eu recours à d'autres critères, basés sur la théorie de la transparence¹⁰⁴³ pour en déduire un comportement passif nécessitant une extension des effets de la convention d'arbitrage. En effet, cette théorie consiste à sanctionner l'abus manifeste ou la fraude d'une société membre du groupe qui se cache derrière une société-écran et le principe de l'indépendance des personnalités morales des sociétés pour créer la confusion aux yeux du contractant pour ainsi échapper à ses obligations¹⁰⁴⁴. La confusion¹⁰⁴⁵ peut être de bonne foi, dans ce cas la jurisprudence utilise la doctrine de *l'estoppel* pour étendre la convention d'arbitrage à un non-signataire (§1). En revanche, lorsque la confusion est intentionnelle (§2), c'est-à-dire lorsque l'agissement est frauduleux, la jurisprudence fait donc appel à la théorie de l'*Alter ego* et/ou à la théorie de l'abus de droit pour élargir le champ d'application de la convention d'arbitrage. En présence de ces deux critères, les arbitres acceptent souvent *de lever le voile corporatif*, qui est un mécanisme juridique qui consiste à dévoiler l'identité de la personne qui se retranche derrière une partie signataire, aux fins de lui imputer la responsabilité des décisions prises par cette dernière.

§1 La confusion de bonne foi : l'application de la doctrine de *l'Equitable estoppel*

¹⁰⁴³ Les droits allemand et suisse utilisent le principe de « *Durchgriff* ». V. en sens Jean François POUDRET et Sébastien BESSON, *op. cit.*, n° 260 et s., p. 236 et s.

¹⁰⁴⁴ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 721, p. 703 et s.

¹⁰⁴⁵ Selon M. HANOTIAU : « Le terme "confusion", tel qu'il est utilisé dans les sentences arbitrales et décisions judiciaires, revêt différentes significations. Tantôt les tribunaux ordinaires et arbitraux entendent par-là que toutes les personnes impliquées dans un projet ou tous les membres d'un groupe, ont participé, sans distinction, à l'exécution d'une opération économique unique, au travers de divers contrats signés par tout ou partie d'entre elles, sans qu'il soit possible de déterminer qui a pris la responsabilité de quoi. Mais le terme "confusion" est également utilisé dans un sens plus négatif lorsqu'un individu essaye de créer la confusion dans l'esprit de ses cocontractants, en particulier en impliquant des sociétés de son groupe dans divers contrats connexes ». In, Bernard HANOTIAU, « L'arbitrage et les groupes de sociétés », *Gaz. Pal.*, 2002, p. 6.

680. L'*équitable estoppel*, ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui¹⁰⁴⁶, est, selon la définition de l'association H. CAPITANT, une « *notion empruntée au droit anglo-américain, souvent analysée comme une exception procédurale, destinée à sanctionner, au nom de la bonne foi, les contradictions dans les comportements d'une personne, celle-ci étant considérée comme liée par son comportement antérieur et dès lors, estopped à faire valoir une prétention nouvelle* »¹⁰⁴⁷. Selon M. GAILLARD : « *L'interdiction faite à la personne qui, par ses déclarations, ses actes ou son attitude, c'est-à-dire par la "représentation" qu'elle a pu donner d'une situation donnée, a conduit une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première, d'établir en justice un fait contraire à cette "représentation" initiale* »¹⁰⁴⁸. Ainsi, dans le but de protéger la confiance d'une partie confrontée aux contradictions de son contractant, le principe de l'*estoppel* empêche donc une personne d'établir à l'encontre d'une autre, un état de choses différent de celui qu'elle a antérieurement représenté comme existant¹⁰⁴⁹. L'*estoppel* fonctionne comme un mécanisme procédural permettant à celui qui l'invoque de faire bloquer ou paralyser l'action en justice qui s'apparente à une fin de non-recevoir¹⁰⁵⁰.

681. Toutefois, bien que l'*estoppel* ait été consacré par la Cour de cassation comme un principe général du droit¹⁰⁵¹, sa caractérisation n'en reste pas moins largement encadrée du fait de l'imprécision de ses contours et de la confusion qu'il y a autour de sa portée¹⁰⁵². D'abord, il faut noter que l'application de l'*estoppel* supposerait l'observation à la fois du comportement de celui à qui l'*estoppel* est opposé et de celui qui l'invoque. Pour le premier, il est nécessaire qu'il y ait deux comportements successifs et contradictoires et un avantage réel retiré du changement de position. Du côté de celui qui l'invoque, il faut que le changement de position ait causé un préjudice en ce qu'il a agi en fonction de la position initiale qui lui a été

¹⁰⁴⁶ La traduction française de la notion de l'*estoppel* a été adoptée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, v. en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Bull. civ.* I, 2010, n° 157 ; Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *D.* 2011, p. 2345 ; *JCP G* 2011, p. 1250, *obs.* HOUTCIEFF ; *JCP G* 2011, p. 1397, *obs.* AMRANI-MEKKI ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, n° 10-17.708 ; *RDC* 2012, n° 2, p. 545, *obs.* BOUCOBZA.

¹⁰⁴⁷ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 416, *v.* *Estoppel*

¹⁰⁴⁸ Emmanuel GAILLARD, « *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international* », *Rev. arb.*, 1985, p. 241.

¹⁰⁴⁹ V. En ce sens, Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Paul LAGARDE, L.G.D.J., 1983, p. 367 ; Francis ROSE, « *Lex Mercatoria : essays on international commercial law* », in, honour of Francis Reynolds, LLP Professional Publishing, London 2000, p. 263 ; *cité par*, Amissi MANIRABONA, « *Extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires en arbitrage impliquant les sociétés en groupement* », *R.D.U.S.*, 2008, p. 555.

¹⁰⁵⁰ Guy BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruylant, 2002, n° 75, *cité par* Camille MARÉCHAL, « *L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit* », *D.* 2012, p. 171.

¹⁰⁵¹ V. en ce sens : Camille MARÉCHAL, *op. cit.* ; Emmanuel GAILLARD, « *L'interdiction de se contredire au détriment...* », *op. cit.*

¹⁰⁵² V. en ce sens : Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-17380 ; Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-24.624 ; Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27388.

communiquée¹⁰⁵³. Ces ingrédients ont été en réalité dégagés d'un arrêt de la cour d'appel du Royaume-Uni de 1921, dans lequel le juge Birkenhead illustra l'*estoppel* selon les termes suivants : « *Lorsqu'une personne (A) de par ses actes ou sa conduite a amené une autre personne (B) à croire qu'un certain état de fait existe et que (B) a agi en fonction de cette croyance à son préjudice, (A) n'est pas autorisé à affirmer contre (B) qu'un autre état de fait différent existait au même moment* »¹⁰⁵⁴. En l'absence de ces deux conditions — comportements contradictoires et préjudice — il sera donc difficile pour un juge ou un arbitre de retenir le principe.

682. L'autre élément qu'il faut également soulever, c'est la diversité des comportements¹⁰⁵⁵ qui peut donner lieu à une mobilisation de l'*estoppel*. En effet, les comportements contradictoires peuvent être de nature purement procédurale, soulevés au début de la procédure, qui se révèlent souvent au stade de l'annulation, car c'est à ce moment précis que les parties à l'instance pourraient motiver leurs demandes par des moyens contradictoires, contrairement à ce qui a été relevé et observé au premier degré. D'autres comportements sont aussi sanctionnés, mais qui ne relèvent pas de la procédure. À cet égard, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière avait souligné que la fin de non-recevoir n'est pas la seule sanction de l'*estoppel*, puisque « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* »¹⁰⁵⁶. Autrement dit, le comportement contradictoire qui ne serait pas exclusivement procédural, obligerait le juge à entrer dans le débat afin d'examiner le fond de la demande.

683. Enfin, la doctrine de l'*estoppel* peut être facilement assimilée à certains principes. En effet, le fait de soulever une irrégularité par voie de recours, alors que le demandeur était à même de l'invoquer devant le tribunal arbitral, peut parfaitement être considéré comme une application de la bonne foi ou de loyauté procédurale¹⁰⁵⁷, ou encore comme une déchéance ou une renonciation.

¹⁰⁵³ V. en ce sens : Camille MARÉCHAL, *op. cit.*

¹⁰⁵⁴ *Affaire MacLaine cf. Gatty*, 1921, 1 AC 376, 386 : « *Where (A) has by his acts or conduct justified (B) in believing that a certain state of facts exists, and (B) has acted upon on such belief to his prejudice, (A) is not permitted to affirm against (B) that a different state of facts existed at the same time* ».

¹⁰⁵⁵ Ces comportements peuvent être divers. Ainsi, celui qui participe activement à l'arbitrage sans soulever d'objection ne pourrait pas s'y soustraire sous prétexte qu'il n'a pas été signataire de la clause d'arbitrage. Aussi, est qualifié de comportement contradictoire celui qui garde le silence sur une irrégularité, pour ensuite la soulever en appel, ou encore de saisir un tribunal ou d'accepter d'être placé sous l'empire d'une loi et de venir par la suite contester la compétence de ce tribunal ou de cette loi. Aussi, ou encore est *estopped* (*empêché*) à faire valoir une prétention nouvelle, celui qui argue que son droit national lui interdit de se soumettre à l'arbitrage, alors qu'il a été signataire de la convention d'arbitrage, etc.

¹⁰⁵⁶ Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, D. 2009. AJ. 723, obs. DELPECH, et *Juri.* 1245, note HOUTCIEFF ; JCP 2009. II. 10 073, note CALLÉ.

¹⁰⁵⁷ V. En ce sens, Emmanuel GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, p. 17.

684. En droit français de l'arbitrage international, la doctrine de l'*estoppel* a été dégagée par la Cour de cassation dans un arrêt appelé *Golshani* rendu en 2005, même si l'on note que la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de sanctionner le plaideur inconstant¹⁰⁵⁸. En l'espèce, les juges de la haute Cour ont déclaré que c'est à juste titre qu'une cour d'appel décide de déclarer irrecevable, en vertu de la règle de l'*estoppel*, la demande d'incompétence du tribunal arbitral tirée du fait que cette juridiction a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, alors que celui qui soulève cette incompétence avait lui-même formé une demande d'arbitrage en vue de régler les différends et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale¹⁰⁵⁹.

685. Le tribunal arbitral de la CCI était précurseur en la matière, puisqu'il a déployé cette règle bien avant que la Cour de cassation ne l'entérine en 2005. Effectivement, dans une affaire CCI de 1988 et à la suite d'un différend, trois sociétés, appartenant à un groupe européen, avaient formé un arbitrage contre quatre sociétés de droit tunisien. Bien que ces dernières aient été signataires des contrats contenant la convention d'arbitrage, elles ont invoqué la nullité et la caducité de celle-ci au motif que le droit tunisien interdit de soumettre des sociétés publiques à l'arbitrage. Le tribunal arbitral s'est prononcé en disant que : « *Il serait contraire à la bonne foi qu'une entreprise publique, qui a dissimulé dans un premier temps l'existence de telles règles de droit interne, les invoque ultérieurement, si tel est son intérêt dans un litige déterminé, pour dénier la validité d'un engagement qu'elle a souscrit en parfaite connaissance de cause. La pratique, la doctrine et la jurisprudence arbitrale internationale condamnent aujourd'hui, de manière quasi unanime, un tel comportement* »¹⁰⁶⁰. Ainsi, la personne qui excipe la nullité ou la caducité de la clause d'arbitrage ou prétend n'avoir jamais accepté la clause, alors qu'elle ne l'a pas fait savoir en temps utile ou qu'elle a eu un comportement démontrant du contraire, les juges, en vertu de la règle de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, acceptent d'attirer cette personne à l'arbitrage.

686. Ceci étant dit, la mobilisation de l'*estoppel*, en l'occurrence dans les deux précédentes affaires, était de nature défensive, puisque les juges ont empêché la

¹⁰⁵⁸ CA Paris, 12 sept. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 173, note BOURSIER. Ade CA Paris, 12 janv. 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 205.

¹⁰⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005, *Bull. civ. I*, 2005, n° 302 ; *Rev. arb.*, 2005, p. 993, obs. PINSOLLE ; D. 2005, p. 3050, obs. CLAY ; *RTD com.*, 2006, p. 309, obs. LOQUIN ; v. décisions similaires, Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Bull. civ. I*, n° 369 ; D. 2006. IR. 2052, obs. DELPECH ; CA Paris, 20 sept. 2007, *Société Baste*, n° 05-21985, D. 2008, Pan. 188, obs. CLAY ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *Bull. civ. I*, 2009, n° 86 ; D. 2009. 1422, obs. DELPECH, et 2966, obs. CLAY ; *RTD com.*, 2009, p. 546, obs. LOQUIN. V. Aussi, les jurisprudences citées en *sous note* 1104, dans lesquelles, la jurisprudence évoque le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

¹⁰⁶⁰ V. en ce sens : Sentence CCI n° 5103, *JDI* 1988, p. 1206, note AGUILAR-ALVAREZ.

partie, qui a participé à la procédure arbitrale pendant de longues années ou qu'elle a dissimulé une règle de droit, de se soustraire à l'arbitrage. Par ailleurs, *l'estoppel* peut être mobilisé de manière offensive aux fins d'attirer un tiers non-signataire qui entretient la confusion de par son immixtion constante au contrat, ou comme disait M. DERAÏNS, attirer celui qui a « *volontairement exploité et accepté les bénéfices du contrat* »¹⁰⁶¹. *L'estoppel* offensif est, depuis longtemps, applicable en droit français de l'arbitrage international.

687. Pour donner un exemple significatif, dans une affaire CCI n° 5730 rendue en 1990, le tribunal arbitral a déployé la doctrine de *l'estoppel* pour attirer, à la demande d'une société, un actionnaire d'un groupe de sociétés à la procédure arbitrale. L'actionnaire en question souleva l'exception d'incompétence du tribunal sous prétexte qu'il n'avait pas été signataire de la convention d'arbitrage, alors qu'il a eu l'occasion de participer personnellement à la signature du contrat litigieux et avait soutenu devant le tribunal étatique qu'il était « *personnellement engagé dans les affaires traitées par les sociétés qu'il contrôlait* ». Le tribunal arbitral rejeta sa demande en décidant que : « [...] M. Z. lui-même et ses proches collaborateurs ont reconnu, à l'occasion d'un procès se déroulant devant la High Court of Justice, que les affaires traitées sous cette raison individuelle engageaient la responsabilité personnelle du premier, ce que confirment d'ailleurs les consultations de droit saoudien produites par la demanderesse. Il est ainsi avéré qu'en traitant avec l'entreprise X et en établissant ses factures à ce nom, correspondant à la raison commerciale individuelle de M.Z., c'est bien avec celui-ci que la demanderesse traitait »¹⁰⁶².

688. Dans le même sens, la personne qui intervient, de façon constante, dans l'exécution d'un contrat d'entreprise conclu entre une société, un maître d'ouvrage et un mandataire du maître d'ouvrage, se voit attirée. Bien que non-signataire de la convention d'arbitrage contenue dans le contrat d'entreprise, le tribunal arbitral a considéré que l'attraction de M.A à la procédure arbitrale était justifiée. Un recours en annulation a été formé, entre autres griefs, les deux sociétés appelées à l'arbitrage reprochaient aux arbitres le fait d'attirer un non-signataire à la procédure arbitrale. Les juges judiciaires ont confirmé la sentence arbitrale et rejetèrent les arguments des deux sociétés en retenant que M. A : « *S'est manifestement et volontairement immiscé [...] dans l'exécution du contrat d'entreprise litigieux, dont il n'a pu, de ce fait, ignorer les termes*

¹⁰⁶¹ Bertrand DERAÏNS et Éric ORDWAY, « *L'arbitrage dans le monde* », *Gaz. Pal.*, 2006, n° 112, p. 49.

¹⁰⁶² Sentence CCI n° 5730, JDI 1990, p. 1229.

et conditions, en particulier la clause compromissoire qui y figure. Aussi bien, il est clairement établi que les sociétés Y et X n'ont été, à l'évidence, que les instruments de l'activité personnelle de A, ce dernier ayant ainsi manifesté son intention d'être personnellement partie à la convention d'arbitrage [...] »¹⁰⁶³. Ici, la contradiction a été relevée du fait que M. A a été au départ volontaire à l'arbitrage, mais à la naissance du litige, il voulait s'y soustraire.

689. Nonobstant, la théorie de l'*estoppel* pourrait également produire un effet inverse, c'est-à-dire faire échec à l'extension, lorsque la contradiction émane de celui qui se prévaut de la convention d'arbitrage pour demander son opposabilité à autrui. Revenons à une affaire qu'on a déjà évoquée, mais dont on n'a pas exposé les faits. Une société de droit français, *CMN*, s'est vue confier la construction de deux yachts. Par un contrat, contenant une clause d'arbitrage, la *CMN* avait sous-traité à la société *FMS* de droit suédois la réalisation des peintures sur ces navires. Cette dernière a elle-même sous-traité ces travaux à une société de droit allemand *PKC*. Le contrat initial fut rompu à l'initiative de *CMN*. Le sous-traitant du second rang *PKC*, assigne devant un juge des référés, les sociétés *CMN* et *FMS* en paiement de diverses sommes tandis que la société *FMS* demandait, devant ce même juge, à la société *CMN* le paiement des dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat. Au regard de la convention d'arbitrage, les sociétés *CMN* et *FMS* ont cependant soulevé l'incompétence du juge étatique au profit d'un tribunal arbitral. Devant la Cour de cassation, *CMN* fait grief à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir confirmé l'ordonnance rendue par le juge des référés qui, malgré la clause d'arbitrage, s'est déclaré compétent et de l'avoir condamnée, solidairement avec la société *FMS*, à payer diverses sommes à la société *PKC*. Pour la Cour de cassation : « *Que la société CMN, avant de former un pourvoi en cassation, a assigné la société PKC devant le tribunal de commerce de Cherbourg en paiement d'une certaine somme à titre de dommages-intérêts et à l'occasion d'une demande d'arbitrage de la société FMS, a expressément contesté la compétence de la juridiction arbitrale à l'égard de la société PKC ; que la société CMN s'est ainsi contredite au détriment d'autrui par des comportements procéduraux qui sont incompatibles. Que le moyen est irrecevable* ». La Cour ajoute également, en plus de la contradiction au détriment d'autrui, que pour être opposable au sous-traitant de second rang, la clause compromissoire aurait dû faire l'objet d'une approbation spéciale par ce dernier.

¹⁰⁶³ Arrêt 4P.115/2003, Tribunal fédéral suisse.

690. En fin de compte, l'approche de l'*estoppel* a permis de soulever la possibilité pour une partie en se basant sur un comportement ou un acte contradictoire d'un tiers, d'attirer ce dernier à la procédure arbitrale. Un comportement qui n'est pas nécessairement de mauvaise foi. En revanche, en présence d'une confusion intentionnelle, la jurisprudence a accepté de lever le voile social pour contraindre celui qui est derrière la confusion à répondre de ses actes devant un arbitre, bien qu'il n'ait pas été signataire de la convention d'arbitrage.

§ 2 La confusion intentionnelle : la levée du voile corporatif

691. Pour percer le voile social, il est important de déceler un comportement abusif ou frauduleux de la part de celui qui crée la confusion dans le but de se soustraire à ses obligations légales, et de faire porter à la société, à l'actionnaire ou au directeur de cette société, la responsabilité des actes engagés. Dans ce cas, la mobilisation de la théorie de l'*alter ego*¹⁰⁶⁴ permet de tenir la société mère responsable pour les actions de son *alter ego* qui n'agit certainement pas d'une manière autonome. Concrètement, en matière d'arbitrage, il faut dire que les situations qui réclament la mobilisation de la doctrine de l'*alter ego* pour lever le voile social sont très nombreuses, mais nous illustrerons seulement deux situations essentielles.

692. D'abord, il y a le cas de la personne physique qui fait signer un contrat, contenant une convention d'arbitrage, par un de ses collaborateurs, *ès qualités* de représentant d'une « société » qui, en réalité, n'existe pas en tant que personne juridique, et ce, dans le but d'occulter ou de créer la confusion dans l'esprit du contractant pour ne pas subir les conséquences d'un éventuel litige. La seconde situation concerne le cas d'une société mère qui utiliserait une de ses filiales, totalement contrôlée par elle, dont la personnalité distincte est jugée purement apparente, vidée de tous ses actifs, afin d'échapper à ses obligations. En se référant donc à ces deux critères, fraude et abus manifeste, la jurisprudence a déduit dans la première situation un comportement frauduleux du dirigeant nécessitant l'extension de la convention d'arbitrage à son égard. Dans la seconde situation, elle en a déduit un abus manifeste nécessitant la levée du voile corporatif.

¹⁰⁶⁴ L'*alter* (autre) *ego* (moi) est une expression latine signifiant l'autre soi-même ; une personne est l'*alter ego* d'une autre, signifie que celle-ci n'est que la représentation de la première.

693. Ainsi, la principale décision qui exemplifie la première situation est la sentence CCI *Orri* qui a été confirmée par la cour d'appel de Paris¹⁰⁶⁵. Dans cette affaire, à la suite d'un litige survenu entre la société *Elf Lub* et diverses sociétés du groupe *SEL* dirigées par M. *Orri*, à propos de factures non payées de lubrifiants livrés aux navires des sociétés de navigation du groupe. La société *Elf Lub* a procédé à une saisie de l'un des navires du groupe pour obtenir le paiement des sommes dues. Un accord a été finalement trouvé. Cet accord qui constate le montant de la dette et son paiement échelonné a été signé par l'un des employés de M. *Orri* en qualité de représentant. Le même jour, un autre accord a été signé, toujours par le même représentant, qui prévoit la fourniture de lubrifiants au groupe. L'accord comportait une clause compromissoire se référant au règlement de la CCI de Paris.

694. N'ayant pas honoré leurs engagements, la société *Elf Lub* a engagé une procédure devant la CCI conformément à la convention d'arbitrage et a appelé en qualité de défendeur M. *Orri* et les sociétés du groupe *SEL* qu'il préside. Devant le tribunal arbitral, aucune des sociétés du groupe ne contestait la compétence du tribunal puisqu'elles alléguaient qu'elles formaient une seule et unique société, seul M. *Orri* faisait valoir qu'il n'était pas signataire du contrat de fourniture. Le tribunal arbitral décida de mettre hors de cause le groupe de sociétés *SEL* et jugea que la convention d'arbitrage était valide et qu'elle était personnellement opposable¹⁰⁶⁶ à M. *Orri*, car il était le véritable contractant. Le tribunal arbitral motiva sa décision en trois motifs. D'abord, il considérait qu'aux yeux des tiers, toutes les sociétés formaient un groupe de sociétés dépendant de M. *Orri*. Ensuite, la gestion des comptes des sociétés avait été constamment mélangée, ce qui créait une confusion totale du patrimoine aux yeux des tiers. Enfin, M. *Orri* avait ultérieurement eu recours à de multiples manœuvres pour éviter d'être personnellement lié par ces engagements. M. *Orri* a formé par la suite un recours en annulation en invoquant un moyen unique basé sur le fait qu'il n'était pas signataire de la convention d'arbitrage et que le représentant n'avait aucun pouvoir pour le représenter. La cour d'appel de Paris a rejeté le recours.

¹⁰⁶⁵ CA Paris ch. 1^{ère}, sect. C, 11 janv. 1990, (*Orri c./ Elf Aquitaine*), *Rev. arb.*, 1992, p. 99, note COHEN.

¹⁰⁶⁶ Une décision est venue toutefois tempérer cette solution en décidant dans une sentence que : « *L'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social. Cependant, lorsqu'une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance juridique des parties ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle exception lorsqu'apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire* » in, sentence CCI n° 5721 de 1990, *JDI*, 1990, p. 1020 ; Sentences Arbitrales CCI, t. II, p. 400, cité par Bernard HANOTIAU, *op. cit.*

695. Une pareille solution a été également confirmée par une décision de la Cour de cassation¹⁰⁶⁷ dans laquelle la chambre civile avait laissé entendre que la confusion entretenue par le dirigeant commun de deux sociétés, pourrait être le motif d'une extension de la convention d'arbitrage à son égard, bien que le dirigeant en question n'ait pas été signataire de ladite convention à titre personnel, mais au nom et pour le compte de l'une des deux sociétés. Seulement dans la condition où cette confusion a été entretenue dans un but frauduleux et non d'une manière simplement « volontaire » par les deux sociétés. Un des commentateurs, M. COHEN, relevait à ce propos que : « *La frontière paraît a priori bien mince entre une confusion frauduleusement entretenue, élément non retenu par la Cour, mais qui aurait provoqué l' "extension" des effets de la clause, et une certaine confusion volontairement créée par ces deux sociétés, élément retenu, mais sans conséquence pour la Cour* »¹⁰⁶⁸.

696. Quant à la seconde situation de l'*alter ego*, les arbitres avaient accepté, dans une affaire CCI du 5 mars 1984¹⁰⁶⁹, de lever le voile corporatif afin d'étendre les effets de la convention d'arbitrage aux actionnaires d'une société. En l'espèce, plusieurs États avaient créé une structure économique ayant une personnalité juridique distincte. L'organisation s'est retrouvée insolvable à l'égard de ses créanciers. Les arbitres, après avoir constaté que les États pouvaient apporter leur soutien aux tierces parties qui contractaient avec cette organisation, ont conclu à la responsabilité de ces États en considérant que « *l'équité, conformément aux principes du droit international, permet de lever le voile corporatif pour protéger les tierces parties contre l'abus qui serait à leur détriment* ».

697. Aussi, dans un arrêt de la cour d'appel de Paris¹⁰⁷⁰, dont le pourvoi a été très récemment rejeté par un arrêt de la Cour de cassation en date du 2 décembre 2020¹⁰⁷¹, une société, *Cerner*, spécialisée dans les systèmes d'information, avait conclu un contrat de sous-traitance, contenant une convention d'arbitrage CCI, avec la société individuelle *I-Capital S/E*, de nationalité émiratie détenue par M. A, pour le compte du ministère de la Santé. En raison du défaut de règlement des échéances, *Cerner* avait entamé en 2012 une procédure d'arbitrage devant la CCI de Paris en appelant la société individuelle *I-Capital S/E* et M. A. La même année, la société individuelle *I-Capital S/E* avait procédé à un changement de forme juridique pour

¹⁰⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n° 440 ; *Rev. arb.*, 2008, p. 307, note COHEN.

¹⁰⁶⁸ Cf. note COHEN, *Rev. arb.*, 2008, p. 307, *op. cit.*

¹⁰⁶⁹ Sentence CCI n° 3879, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, p. 127.

¹⁰⁷⁰ CA Paris, 16 oct. 2018, n° 16-18.843, (*M. B. c/Cerner Middle East*), *Rev. arb.*, 2018, p. 837.

¹⁰⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 2020, n° 18-23.970.

devenir la SARL *I-Capital LLC*. Un nouvel accord a été finalement conclu en fin d'année pour fixer un nouveau calendrier de paiement entre *Cerner* et la *I-Capital LLC*, détenue à 99 % par M. A et *Belbadi Entreprises LLC* — garant —, toutes les deux représentées par M. A. Le nouvel accord comprend également une clause d'arbitrage CCI qui vient remplacer celle contenue dans le contrat initial. Malgré leur nouvel accord, les sociétés émiraties représentées par M. A n'ont pas honoré leur dette. *Cerner* a appelé la *I-Capital LLC* et M. A à un second arbitrage devant la CCI de Paris. Le 16 juillet 2015, le tribunal arbitral a condamné solidairement la *I-Capital LLC* et M. A à verser plusieurs millions d'euros à la société *Cerner*. Le tribunal arbitral s'est donc déclaré compétent en retenant, d'abord, que la restructuration de la société *I-Capital* n'avait ni diminué ni supprimé la responsabilité de la société au titre du contrat original. Ensuite, M. A avait implicitement accepté la nouvelle clause d'arbitrage qui a été conclue dans le nouvel engagement. De surcroît, que M. A avait abusé de la forme sociale d'une manière qui justifiait la levée du voile corporatif. Enfin, le contrôle absolu exercé par M. A sur la SARL, laquelle n'avait jamais eu de caractère ni volonté ou existence distincte, M. A était donc l'*alter ego* d'*I-Capital LLC*.

La sentence a fait l'objet d'un recours en annulation formé par M. A, le 16 septembre 2016. Devant la cour d'appel, M. A faisait valoir que son attraction personnelle devant le tribunal arbitral n'était pas fondée, puisqu'il n'a pas été signataire de la clause d'arbitrage. Après avoir rappelé le principe de l'extension de la convention d'arbitrage en matière internationale, qui selon lequel : « *Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans la négociation, la conclusion, l'exécution et/ou la résiliation du contrat* », et relevé que la jurisprudence émiratie admet qu'une société individuelle n'a pas de personnalité juridique indépendante de la personne de son propriétaire — le contrat initial doit donc être regardé comme ayant été conclu entre *Cerner* et M. A —, la cour d'appel a en conséquence rejeté le recours au motif que M. A a nécessairement participé de manière directe à la négociation et à la conclusion de la transaction. Un pourvoi en cassation a été formé, sans succès, la chambre civile l'a rejeté.

698. Cependant, il faut relever que la levée du voile corporatif doit être nuancée. En effet, à plusieurs reprises, les tribunaux arbitraux ont refusé de lever le voile social, et donc d'étendre les effets de la convention d'arbitrage, car ils étaient immédiatement confrontés au principe de l'autonomie juridique des sociétés, et cela,

même si la société est contrôlée par un actionnaire majoritaire. Il a été jugé dans une affaire CCI de 2000 que : « *L'extension d'une convention d'arbitrage à un non-signataire n'est pas une simple question de structure ou de contrôle entre sociétés, mais plutôt une question de participation du non-signataire aux négociations, à la conclusion ou à l'exécution du contrat ou de son attitude — y compris les déclarations, expresses ou implicites, ou la mauvaise foi — envers la partie qui cherche à l'introduire dans l'arbitrage (ou à l'en exclure)* »¹⁰⁷². Dans le même sens, il a été déclaré dans une sentence CCI que : « *L'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social. Cependant, lorsqu'une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance juridique des parties ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle exception lorsque apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire* »¹⁰⁷³.

699. Pour tout dire, la levée du voile corporatif dépend des circonstances de chaque affaire. Ce qui est certain, c'est que le principe de l'autonomie de la personnalité juridique des sociétés devient une fiction juridique, lorsque des personnes se dissimulent derrière le voile social de façon à promouvoir leurs propres intérêts aux dépens de ceux qui ont traité avec la société. Ainsi, ce sont les faits qui imposent la solution ; les arbitres sont très sensibles à ces questions ; ils ne se prononcent qu'en tenant principalement compte de la volonté ou de l'attitude des parties. L'appartenance à un groupe de sociétés ou la domination totale que la société mère a sur sa filiale, ne sont qu'un commencement de preuve, laquelle ne se trouve confirmée que dans la mesure où l'on relève une implication dans le contrat ou un comportement abusif ou frauduleux de la part de celui qui se prétend en dehors de toute relation contractuelle.

Conclusion de la section II

700. L'implication passive d'un tiers au contrat peut être intentionnelle ou non intentionnelle. Il s'agit plus précisément de la confusion de bonne et de mauvaise foi.

¹⁰⁷² Sentence CCI n° 10758, 2000, *in*, Jean-Jacques ARNALDEZ, Yves DERAÏNS, Dominique HASHER, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2001-2007*, Wolters Kluwer, 2009, p. 538.

¹⁰⁷³ Sentence CCI n° 5721, 1990, *JDI* 1990, p. 1024.

Il est question d'un comportement entretenu par une personne non-signataire dans le but d'occulter ou de créer la confusion dans l'esprit de la partie signataire de telle façon que cette personne aura du mal à identifier avec précision la ou les personnes avec lesquelles elle avait noué une relation d'affaire. Lorsque la confusion est de bonne foi, le non-signataire peut être attiré à l'arbitrage suivant la théorie de *l'équitable estoppel*. Cette doctrine consiste à attirer toute personne qui, par ses déclarations, son attitude ou ses actes, a conduit une personne contractante à modifier sa position à son détriment ou à son bénéfice afin d'établir en justice un fait contraire à la représentation initiale¹⁰⁷⁴.

701. Par ailleurs, lorsque la confusion est de mauvaise foi, créée dans le but de tromper délibérément autrui afin de porter atteinte à ses intérêts ou de se soustraire à l'application d'une règle de droit, les arbitres et les juges acceptent de lever le voile corporatif pour étendre les effets de la convention d'arbitrage aux tiers qui sont à l'origine de ces comportements déloyaux. Dans le cas des groupes de sociétés, l'extension est souvent justifiée par la doctrine de *l'alter ego*. Doctrine qui connote une situation de confusion entretenue par deux ou plusieurs sociétés ou par une société et son actionnaire. Dans cette situation, c'est la société mère qui est généralement tenue responsable pour les actions de son *alter ego* qui n'agit certainement pas de façon autonome.

Conclusion du chapitre II

702. Au terme de ce chapitre, l'attraction des tiers à l'instance arbitrale par extension compromissoire apparaît ainsi, au moins en matière internationale, comme une règle matérielle applicable dans de multiples hypothèses. Cette règle semble retenir un principe général d'extension fondé sur l'implication ou l'immixtion d'un tiers dans la négociation, la formation, l'exécution ou la rupture d'un contrat contenant la clause d'arbitrage. L'implication peut être active, passive, directe ou indirecte. Elle présume la connaissance et l'acceptation du tiers. Toutefois, quoiqu'elle soit une notion malléable, la jurisprudence n'a pas hésité, pour une efficacité de la convention d'arbitrage, à l'imposer dans le cadre des ensembles

¹⁰⁷⁴ Cf. Philippe KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », JDI 1989, p. 305.

contractuels, des sous-contrats, des groupes de sociétés, ou dans des domaines particuliers tels que le transport maritime ou le financement de l'arbitrage. En réalité, l'extension de l'arbitrage se fait même lorsque le contrat contenant la clause est isolé n'appartenant à aucun groupement. En effet, le fait que la question de l'extension ait été posée en premier dans le cadre de ces groupements ne signifie pas que la clause est inopposable lorsqu'elle est incluse dans un contrat isolé. La notion de groupe facilite simplement la justification de l'extension en raison de l'unité économique qui caractérise ces groupes et, s'agissant des groupes de contrats, de l'indivisibilité des ensembles contractuels. Deux caractéristiques qui à elles seules, nous le verrons, ne sont pas suffisantes pour justifier l'extension.

703. Par ailleurs, les arbitres et les juges admettent parfois d'étendre les effets de la convention d'arbitrage aux tiers non-signataires ayant eu un comportement déloyal. Sur le fondement de la théorie de la transparence, qui vise à sanctionner toute confusion de bonne ou de mauvaise foi, la jurisprudence a ainsi décidé d'attirer, selon la doctrine de *l'équitable estoppel*, les tiers qui entretiennent la confusion en raison de la contradiction de leurs déclarations, attitudes ou actes. Elle a également autorisé la levée du voile social afin d'attirer à l'instance un non-signataire de l'arbitrage au motif que celui-ci a adopté un comportement abusif ou frauduleux en se retranchant derrière une identité-écran, ou derrière le principe de l'indépendance juridique des sociétés, pour échapper à ses responsabilités ou tout simplement pour échapper à l'arbitrage.

Conclusion du titre II

704. Les mécanismes permettant le rayonnement des effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers sont multiples. Bien que nous ayons pu les catégoriser en trois principaux mécanismes, à savoir les mécanismes translatifs à titre particulier, les mécanismes attributifs et extensifs de droits, on n'est loin de les avoir répertoriés de manière accomplie. Quoi qu'il en soit, les mécanismes translatifs opèrent une transmission de la convention d'arbitrage en tant qu'accessoire de second degré aux tiers qui viennent aux droits de l'une des parties au contrat principal. Le travail de précision à propos des sujets de l'opposabilité, que nous avons effectué en amont, nous a permis de restreindre le nombre de mécanismes permettant une translation de droits pour n'étudier que les mécanismes qui permettent aux ayants cause à titre

particulier de ne recevoir que les droits de leur auteur. Dans ce cas de figure, la circulation de la convention d'arbitrage aux tiers se fait de manière automatique et objective : c'est le cas de la cession de créances, de la subrogation ou des chaînes de contrats translatifs de propriétés.

705. Les mécanismes attributifs opèrent une extension de la convention d'arbitrage par attribution de droits. La stipulation pour autrui : technique attributive de droits par excellence ; la représentation : mécanisme permettant à une personne d'agir au lieu et place d'une autre ; ou encore la délégation : technique opérant l'adjonction d'une personne à un rapport contractuel, en sont donc les techniques principales. L'examen de l'opposabilité à travers ces mécanismes a pu démontrer qu'elle était contrastée et pas totalement ancrée dans l'esprit de la jurisprudence, puisque, d'un côté, la réalisation des promesses pour autrui exige une ratification et que la connaissance, condition de mise en œuvre de l'opposabilité, n'est pas suffisante. De l'autre côté, l'idée de soumettre le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui à l'arbitrage a été difficilement acceptée par la doctrine, étant donné que le bénéficiaire ne doit, en principe, bénéficier que des droits et non des obligations, si l'on considère la convention d'arbitrage comme une obligation. Mais le brouillard autour de l'opposabilité en présence de ces mécanismes attributifs est très vite dissipé en présence de la représentation ou de la délégation, dans la mesure où on considère le non-signataire comme venant aux droits du signataire ou ayant été représenté par lui.

706. S'agissant des mécanismes extensifs de droits, ils sont de deux types : *rationae materiae* - extension des effets d'un contrat à d'autres contrats — ou *rationae personae* — extension des effets d'un contrat à des personnes tierces à ce contrat —. L'extension *rationae personae* de la convention d'arbitrage opère donc un rayonnement de l'arbitrage au-delà des parties qui l'ont signé. Une seule condition semble justifier une telle extension : l'implication du non-signataire de la convention d'arbitrage dans la réalisation, l'exécution ou la résiliation du contrat la contenant — condition dégagée du célèbre arrêt *Dow Chemical* — dont on en déduit la connaissance et puis l'acceptation du tiers. Lorsque l'implication est active, l'acceptation tacite de ce dernier est déduite facilement. En revanche, lorsque l'implication est passive, l'arbitre, ou le juge, doit apprécier le comportement du tiers non-signataire qui peut être de bonne comme de mauvaise foi pour en déduire un acte déloyal qui sera répréhensible par la théorie de la transparence. Une théorie qui, en mobilisant ses moyens, sanctionne les comportements contradictoires, par la mobilisation de la

doctrine de l'*estoppel*, ainsi que les comportements frauduleux ou abusifs, ce qui permet de par la mobilisation de la théorie de l'*alter ego*, la levée du voile corporatif.

707. Il est certain que le comportement du tiers est à la fois un motif de sanction, si l'on se réfère à l'opposabilité en matière substantielle, mais également un motif d'attraction à l'arbitrage. Ce qui confirme que l'opposabilité en droit processuel œuvre pour un double objectif, attirer le tiers fautif à la procédure arbitrale, pour ainsi demander sa sanction devant non pas le juge naturel, mais devant un tribunal arbitral.

Conclusion de la partie I

708. La première partie de notre étude a été consacrée à la conceptualisation du principe de l'opposabilité. Une démarche qui a consisté à étudier le principe en droit commun pour en appréhender la réception en droit de l'arbitrage. Une analyse qui part de l'existant et du général pour arriver au particulier. Autrement dit, un examen des fonctions et des fondements de l'opposabilité en tant qu'instrument de droit commun permettant le rayonnement des effets du contrat à l'égard des tiers, pour envisager ensuite leur recevabilité ou transposabilité en matière processuelle ou arbitrale. À l'issue de cette étude, l'examen de l'opposabilité en droit commun a démontré que le principe a su rester fidèle à son caractère fuyant, insaisissable et discordant.

709. Fuyant, car tout juriste s'essayant à l'étude de son objet se heurte à la diversité de ses fonctions et des théories justifiant son fondement. Qu'elle soit fondée à travers le prisme de la relativité ou sur la normativité du contrat, l'opposabilité a su créer le débat. Fort heureusement, depuis peu, le législateur s'est résigné à lui trouver une assise légale pour enfin l'asseoir comme un véritable principe de droit qui était autrefois un simple phénomène. Insaisissable, parce que l'opposabilité s'inscrit dans un fourre-tout juridique : elle est un moyen de prévention destiné à avertir les tiers, qui seraient tentés de s'immiscer ou de porter atteinte à un engagement contractuel qui n'est pas le leur, des conséquences juridiques de leurs actes ; elle est un instrument confortatif de droits lorsque ces actes sont publiés, mais également un instrument probatoire, puisqu'elle donne aux tiers, comme aux parties, la possibilité de se prévaloir du contrat notamment pour apporter la preuve d'un fait.

Enfin, elle a une fonction sanction qui intervient en dernier lieu pour réparer le dommage subi par les parties en conséquence du non-respect de l'obligation d'abstention. Ces deux dernières fonctions constituent les applications les plus utiles du principe de l'opposabilité.

710. Discordant, puisqu'il n'y a point d'unité à propos de l'institution qui l'organise et qui lui permet de se mettre en œuvre, c'est-à-dire la publicité. La question qui soulève le débat est la suivante : la publicité, doit-elle être objective de sorte à sanctionner les tiers qui portent atteinte aux droits des contractants que lorsqu'ils sont suffisamment informés de l'existence de ces droits, ou faut-il conforter la condition de connaissance du tiers par des éléments supplémentaires à l'instar de l'élément psychologique ? La sanction du tiers indélicat suppose aujourd'hui la réunion de deux éléments : une publicité, parce que le titulaire des droits doit les faire porter à la connaissance des tiers pour éviter que l'on porte atteinte à ses droits et par conséquent violer le devoir général de respect qui incombe à toute personne tierce au contrat. Une formalité qui érige un mur de bouclier autour des droits contractuels. Si cette formalité n'est pas accomplie, les juges se pencheront alors sur le comportement du tiers et de l'intention derrière son immixtion. Était-il de bonne ou de mauvaise foi ? Si le tiers est de bonne foi, sa responsabilité peut ne pas être engagée, car il a agi en méconnaissance de l'existence de ces droits. En revanche, un comportement de mauvaise foi le conduirait à la sanction, car même si les droits n'ont pas été publiés, le tiers connaissait leur existence. Dans ce cas, il ne pourrait pas se prévaloir de l'absence de publicité pour justifier ses agissements. Bien que cette dernière solution soit subjective et sa mise en œuvre nécessite parfois la mobilisation d'éléments supplémentaires, elle dépend également de l'interprétation des juges. Pour autant, cela n'a pas empêché la jurisprudence d'entériner cette solution pour sanctionner l'atteinte des droits en l'absence de leur publication.

711. Une fois l'étude des fondements et des fonctions du principe d'opposabilité en droit commun achevée, l'étape suivante était de voir si le principe pouvait trouver application en droit de l'arbitrage. En raison de son caractère conventionnel, il n'y avait pour nous aucune raison apparente pour que la convention d'arbitrage ne soit pas soumise au régime de l'opposabilité du droit commun. Toutefois, sa fonction processuelle nous a conduits à raisonner de façon différente et à emprunter une démarche nouvelle. Notre proposition était la suivante : maintenir l'applicabilité en droit de l'arbitrage de toutes les fonctions de l'opposabilité du droit commun, pour être en cohérence avec le caractère contractuel de la convention

d'arbitrage, tout en proposant une nouvelle fonction à l'opposabilité, qui est la fonction attraction. Cette proposition nous paraît judicieuse, car, si l'opposabilité est réellement un principe à part entière, celui-ci ne doit pas être d'application sélective ou éparse.

712. Cela dit, la proposition d'une nouvelle fonction à l'opposabilité en matière d'arbitrage, ce qui est sans nul doute le signe d'une réception positive, exigeait de passer en revue certains arguments et critiques avancés par certains auteurs de la doctrine comme faisant obstacle à la réception. Ainsi, et après éclairci les ambiguïtés terminologiques et théoriques qui entourent le principe et après avoir présenté les arguments confortant sa réception, on s'est confronté à un principe d'opposabilité qui a pour finalité la sanction du tiers, qui est l'application la plus utile de l'opposabilité, mais aussi la plus ultime, car elle intervient après que la fonction attraction ait produit son effet. Comme si l'on voulait adresser un avertissement aux tiers en leur faisant savoir que leur immixtion au contrat contenant la clause d'arbitrage les conduira certainement à la sanction, et les privera également de leur juge naturel. Ces propos nous déterminent à dire que l'opposabilité en matière d'arbitrage joue manifestement un double rôle : un rôle d'attraction et de sanction.

713. Comme pour la sphère substantielle, l'opposabilité en matière d'arbitrage se soumet elle aussi à des conditions de mise en œuvre et donc d'efficience. Ces conditions sont similaires à celles exigées en droit commun. En effet, si la connaissance, de facto ou de jure, est une condition de mise en œuvre de l'opposabilité en droit commun, abstraction faite de la mauvaise foi du tiers, elle est de la même façon une condition à l'opposabilité en matière d'arbitrage, puisque c'est à partir de la connaissance du tiers qu'on présume l'acceptation en situation d'implication à la négociation, à la formation, à l'exécution ou à la rupture du contrat contenant la clause compromissoire. Mais, on constate que le consentement à l'arbitrage, condition pourtant fondamentale, se trouve parfois relégué au second plan.

714. C'est effectivement le cas en présence de certains mécanismes translatifs de droits. Le consentement à l'arbitrage de l'ayant cause à titre particulier n'est pas recherché en présence d'une circulation de droits, car il s'agit d'une transmission objective de la convention d'arbitrage. L'acceptation du contrat principal suffit. Toutefois, dans certaines situations, la clause doit être portée à sa connaissance, car il arrive que la clause d'arbitrage soit insérée par référence à un autre contrat

d'application ou tout autre document. Si le tiers ayant cause ne prend pas connaissance de l'existence de celle-ci, elle ne lui sera pas opposable. Le consentement est aussi indifférent dans les mécanismes attributifs de droits, parce que l'acceptation du tiers bénéficiaire n'est pas une condition de la stipulation pour autrui, du représenté ou de la partie adjointe ou substituée au contrat.

715. Somme toute, l'opposabilité est sans conteste un principe à part entière du régime juridique de la convention d'arbitrage. Elle est parfaitement recevable en droit de l'arbitrage. Reste que l'examen de l'opposabilité et de sa recevabilité en droit de l'arbitrage nous conduits inévitablement à étudier son efficacité. C'est ce qu'il nous reste à envisager dans la seconde partie.

SECONDE PARTIE : L'EFFICACITÉ DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ AUX TIERS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

716. C'est un exercice des plus classique et commun dans les essais juridiques que d'énoncer, après avoir présenté un principe général de droit, l'efficacité qui y est attendue. L'efficacité est définie comme le « *mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* »¹⁰⁷⁵. Autrement dit, l'efficacité consiste à évaluer et à améliorer, si nécessaire, les effets attendus d'un phénomène juridique. À cet égard, après avoir fait le constat que le principe d'opposabilité, en s'accommodant aux ajustements que nous avons évoqués plus haut, est parfaitement recevable en droit de l'arbitrage — une réception qui est sans conteste naturelle puisque la nature conventionnelle de l'arbitrage commande à ce que la convention d'arbitrage obéisse, au même titre que les autres conventions, aux principes de la théorie générale du contrat et donc au principe d'opposabilité — l'évaluation de son efficacité s'impose donc d'évidence.

717. De manière concise, *la validité entre les parties de la convention d'arbitrage et l'efficacité*¹⁰⁷⁶ *de celle-ci ouvrent la voie à son opposabilité*. Effectivement, la nature contractuelle de l'arbitrage requière à ce que l'on rappelle et vérifie les principes de validité¹⁰⁷⁷ et d'efficacité de la clause d'arbitrage, avant de lui faire produire ses effets entre les parties ou de la faire rayonner à l'égard des tiers, et cela, chaque fois qu'une partie ou un tiers argue la nullité, l'inexistence ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage. En effet, tout commence avec la validité de l'accord entre les parties : une première étape nécessaire à sa formation et à la naissance des principes juridiques le régissant. Partant de là, il était donc essentiel, pour déterminer l'efficacité de l'opposabilité, de revenir aux fondements de l'arbitrage entre les parties.

¹⁰⁷⁵ André-Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, éd. 2^{ème}, L.G.D.J, 1993, p. 219.

¹⁰⁷⁶ Comme nous avons pu l'évoquer, l'efficacité de la convention d'arbitrage renvoie aux principes d'autonomie juridique et matérielle de la convention d'arbitrage.

¹⁰⁷⁷ En droit français de l'arbitrage international, la validité de la convention d'arbitrage doit être conçue comme une règle matérielle de droit de l'arbitrage international, c'est-à-dire *un principe construit d'une manière binaire comme un principe assorti d'une exception* (Jean-Baptiste RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, n° 136, p. 111). En droit de l'arbitrage interne, la validité doit être appréciée en se reportant aux conditions posées par la loi.

718. Mais l'efficacité objective de l'opposabilité, ou de la règle de l'attraction, ne se résume pas seulement à la recherche de la validité entre les parties de la convention d'arbitrage et l'efficacité de celle-ci eu égard aux conditions de validité et d'efficacité tirées du droit interne et des règles matérielles, mais s'étend également à d'autres éléments objectifs qui doivent aussi être intégrés dans la recherche de cette efficacité, car ils viennent conforter l'assise de la règle de l'attraction. Parmi ces paramètres, il y a les arguments d'ordre extrajuridique et subjectif avancés par le milieu juridique et les protagonistes du contrat, que sont les parties qui opposent la convention d'arbitrage et les tiers, qui en sont les sujets, et dont la mobilisation aura pour objectif de *conforter* la décision de l'attraction. Comment alors le milieu juridique, et plus précisément les acteurs et praticiens du droit, ainsi que le diptyque (parties — tiers) perçoivent-ils l'opposabilité ? Sont-ils circonspects à l'idée de voir l'arbitrage rayonner en dehors du cercle qui lui a été initialement tracé ? Ou au contraire, voient-ils en cette règle une solution aux diverses contraintes procédurales ?

719. L'appréciation subjective de la règle de l'attraction est pour ainsi dire intéressante, puisqu'elle permet à la fois de relever les points positifs en faveur de la règle, mais permet également de soulever ses insuffisances et ses incomplétudes. Ainsi, à l'issue des examens objectifs et subjectifs, nous verrons se dessiner les limites à l'efficacité de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage ou, autrement dit, les éléments venant perturber la règle de l'attraction (*Titre I*). Une fois ces imperfections soulevées, il s'agira ensuite d'annoncer des solutions. On proposera donc, à travers une conception renouvelée de la règle de l'attraction, des *correctifs* capables de confirmer *définitivement* la réception de la règle de l'attraction, et donc du principe de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage, en droit de l'arbitrage (*Titre II*).

Titre I : Une opposabilité limitée : la perturbation de la règle de l'attraction

Titre II : Une opposabilité renouvelée pour une efficacité renforcée

TITRE I : UNE OPPOSABILITÉ LIMITÉE : LA PERTURBATION DE LA RÈGLE DE L'ATTRACTION

720. Division. Il est deux manières de limiter l'efficacité du principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage. Soit elle est limitée par des données juridiques et objectives qui découlent des conditions de validité et d'efficacité de la convention d'arbitrage tirées du droit commun des contrats et du droit de l'arbitrage interne et international ou soulevées par la jurisprudence (*Chapitre I*). Soit, elle est remise en cause par les arguments extrajuridiques et subjectifs relevant de considérations organiques ou procédurales, éthiques, économiques, politiques, ou encore résultant de l'appréciation subjective faite par les sujets de l'instance (*Chapitre II*).

Chapitre I : Les limites d'ordre juridique et objectif

Chapitre II : Les limites d'ordre extra-juridique et subjectif

CHAPITRE I : LES LIMITES D'ORDRE JURIDIQUE ET OBJECTIF

721. Division. Les données juridiques ou objectives traduisent d'abord les exigences qui, relevant du droit commun et du droit de l'arbitrage interne et international, encadrent la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage entre les parties, et qui sont susceptibles de conditionner le processus d'attraction des tiers à l'instance arbitrale (*Section I*). Il n'est pas sans rappeler, sans la validité de l'accord arbitral entre les parties, celui-ci ne saurait exister ; il ne pourrait produire d'effet ni *inter partes*, ni à l'égard des tiers. Sur le terrain de la validité, la convention d'arbitrage est soumise, comme tout accord de volonté, aux conditions de validité classiques des actes juridiques, et notamment celle relative au consentement qui constitue une exigence fondamentale de l'arbitrage. Au surplus, dès lors que le socle de la convention d'arbitrage est contractuel, celle-ci est soumise également à d'autres conditions, notamment de forme, plus ou moins libérales selon le caractère interne ou international de l'arbitrage.

722. Ensuite, si l'examen de la validité de la convention d'arbitrage est la voie à travers laquelle l'on bifurque à l'étude de l'attraction, celle-ci doit être combinée avec une analyse des arguments et justifications qui ont été avancés par la jurisprudence française comme étant des fondements de l'attraction. Il s'agit en réalité de revenir sur certaines de ces justifications qui, bien qu'elles jouent un rôle confortatif de l'attraction, sont incapables à elles seules d'asseoir la règle de l'attraction. On pense effectivement à certaines décisions qui ont fait de la notion d'existence ou d'appartenance à un groupe de sociétés et des théories sanctionnant le comportement des tiers, à savoir la théorie de la fraude et de l'apparence, des fondements suffisants de l'attraction, ce qui n'est pas de l'avis de la doctrine majoritaire. Tous ces paramètres sont donc une source remettant en cause l'assise de la règle de l'attraction (*Section II*).

723. Enfin, le droit positif français admet des cas où l'efficacité de l'opposabilité de la convention d'arbitrage est totalement neutralisée et paralysée (*Section III*)

nonobstant le fait que la convention soit valide et efficace entre les parties. Il s'agit en effet de trois cas de figure dans lesquels la convention d'arbitrage est inopposable aux tiers. C'est le cas de l'inopposabilité en raison des restrictions des effets de la convention d'arbitrage convenues, *ab initio*, par les parties ou fixées par le tribunal arbitral ; de l'inopposabilité en présence d'un cautionnement ou d'une garantie autonome, et enfin de l'inopposabilité en cas d'intervention neutre du tiers au contrat principal.

Section I : La règle de l'attraction conditionnée : la validité de l'arbitrage entre les parties

Section II : La règle de l'attraction relativisée : incertitude de certains fondements de l'extension

Section III : La règle de l'attraction paralysée : les cas d'inopposabilité de la convention d'arbitrage

SECTION I : LA RÈGLE DE L'ATTRACTION CONDITIONNÉE : LA VALIDITÉ DE L'ARBITRAGE ENTRE LES PARTIES

724. Division. Lorsqu'on évoque la validité de la convention d'arbitrage, il faut distinguer entre les conditions de validité classiques tirées du droit commun des contrats et des règles matérielles et celles propres au droit de l'arbitrage. Sans nul doute, en matière internationale, la validité de la convention d'arbitrage est élevée au rang de *principe*, cela signifie que la convention d'arbitrage est par principe valable et doit recevoir une application¹⁰⁷⁸ sauf si, exceptionnellement, elle est contraire à l'ordre public international. Bien qu'il souffre de sérieux griefs¹⁰⁷⁹, le principe de validité est l'acquis d'une jurisprudence foisonnante et ancienne, puisque dès la moitié du XIXe siècle les juges avaient admis la validité de la convention d'arbitrage toutes les fois où le droit français n'était pas désigné par la règle de conflit¹⁰⁸⁰. Aujourd'hui, le principe de validité est le produit de la règle de l'autonomie de la convention d'arbitrage — une règle qui agit à la fois en faveur de la *validité* de la convention d'arbitrage, en la détachant de toute loi étatique, et à son *efficacité*, en la préservant contre les causes d'invalidité du contrat principal —.

725. En revanche, pour concevoir la validité de la convention d'arbitrage en matière interne, on doit se référer aux conditions de validité posées par la loi, puisqu'il n'y a pas un principe de validité de la convention d'arbitrage en droit interne. On sera donc amené à vérifier, comme pour tout acte juridique, les conditions de validité de la convention d'arbitrage, à savoir si les litigants avaient accepté les termes de la convention d'arbitrage et s'ils ont respecté les conditions de forme.

726. Ainsi, nous aborderons d'abord l'examen de la validité de la convention d'arbitrage selon les règles classiques de validité, issues du droit des contrats et des normes spécialement conçues pour régir les relations internationales, c'est-à-dire les règles matérielles du droit français (§1), pour ensuite envisager la validité de la convention d'arbitrage au regard des conditions propres au domaine de l'arbitrage (§2).

¹⁰⁷⁸ V. En ce sens, Jean-Pierre ANCEL, *op. cit.*, p. 82.

¹⁰⁷⁹ V. *supra* n° 519.

¹⁰⁸⁰ V. en ce sens : Ibrahim FADLALLAH, Dominique HASHER, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 10, p. 8.

§1 Les conditions de validité tirées du droit des contrats et des règles matérielles

727. **Division.** L'étude de la validité de la convention d'arbitrage interne et internationale sera menée en trois temps. Il sera tout d'abord question de la validité de la convention d'arbitrage au regard des exigences de fond — *l'exigence d'un accord de volontés* — (A). Ensuite, nous considérerons avec attention la validité de la convention d'arbitrage suivant les exigences de forme — *l'existence de l'accord de volontés* — (B). Enfin, il sera question de l'examen de la validité du *contenant* dans lequel s'insère la convention d'arbitrage et de *l'environnement* dans lequel elle évolue — groupes de contrats ou de sociétés — (C).

A. *L'exigence d'un accord de volontés*

728. Pour que l'arbitre soit doté de la mission de régler les litiges nés, ou à naître, à l'occasion d'un contrat, encore faut-il que l'accord arbitral qui lui attribue cette compétence soit voulu par les parties. Ainsi, à côté de la validité en la forme de la convention d'arbitrage et de l'accord principal la contenant, celle-ci doit répondre aux exigences de fond. De cette façon, on vérifiera successivement, l'exigence du consentement (1), la qualité des parties à compromettre (2) et enfin l'interprétation du consentement (3).

1. L'exigence du consentement

729. Consentir, c'est extérioriser une volonté intérieure et invisible en donnant son accord de créer des effets juridiques sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Selon une auteure, « *le consentement est une sorte de gage que l'on donne à l'autre. C'est pourquoi la volonté peut vouloir tout tandis que le consentement ne peut porter*

que sur le possible, que sur ce que je peux donner. Le consentement a partie liée avec le patrimoine, alors que la volonté y est naturellement étrangère »¹⁰⁸¹.

730. En principe, il n'y a d'arbitrage que par le consentement des parties ; il est la limite en deçà de laquelle on ne doit pas descendre ; son absence signifie que la convention d'arbitrage sera nulle ou inexistante. Or, dans un contexte où le commerce international ne cesse de se métamorphoser, l'arbitrage, surtout international, n'a d'autres alternatives que d'accompagner ce changement. Aujourd'hui, la conclusion de la clause d'arbitrage semble suivre cette évolution. De nouvelles techniques contractuelles sont donc apparues : clauses d'arbitrage insérées par voie électronique, par référence... etc. De même, le contrat échappe de plus en plus souvent à la négociation. On pense forcément au processus d'adhésion aux contrats et aux clauses décidées de façon unilatérale, faisant ainsi de l'acceptation la condition indispensable à la conclusion de ces contrats. À ce propos, JARROSSON affirme qu'il existe : « *Toute une série de situations dans lesquelles on fait peu de cas de la volonté des parties comme fondement du recours à l'arbitrage* »¹⁰⁸². Tous ces phénomènes contribuent certainement à l'érosion de la base consensuelle de l'arbitrage.

731. En outre, en raison de sa quête perpétuelle à l'efficacité, l'arbitrage peut-il délaissier l'exigence du consentement ou, du moins, la voir souffrir d'atténuations ? On peut le craindre. En effet, la jurisprudence, dans le but d'éviter que chaque fois qu'un signataire de la convention d'arbitrage argue une règle particulière pour contester le consentement donné et donc faire échec à l'arbitrage a fait preuve de souplesse sur cette question en jugeant, par exemple, qu'en matière internationale, « *il suffit pour juger de l'existence d'une telle clause [d'arbitrage] de rechercher la preuve d'une volonté commune des contractants de soumettre leurs éventuels litiges à un arbitre* »¹⁰⁸³. Ici, la commune volonté semble être une règle suffisante à la validité de la convention d'arbitrage international. En d'autres termes, les parties peuvent faire l'économie de certaines exigences formelles. Cette souplesse, tirée du principe de validité, serait, selon un auteur¹⁰⁸⁴, porteuse d'excès, car, d'un côté, il serait inconcevable de considérer la convention d'arbitrage comme toujours valable sous peine d'être une sorte de contrat sans loi et sans droit. Et de l'autre côté, une sobriété et une liberté quant aux conditions de validité en la forme feraient entrer le consentement dans une

¹⁰⁸¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats* », *RTD civ.*, juillet - septembre 1995, n° 4, p. 574.

¹⁰⁸² Charles JARROSSON, « *Les frontières de l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 2001, n° 18, p. 15.

¹⁰⁸³ CA Paris, 11 avr. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 1252, note TRAIN.

¹⁰⁸⁴ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 135, p. 110 et s.

phase d'interprétation. Alors, il faut s'attendre à des appréciations plus ou moins précises de la clause d'arbitrage pouvant aller au-delà ou en deçà de ce qui a été prévu par les parties. Enfin, et non des moindres, l'existence de l'arbitrage « *forcé* » pourrait également contribuer à douter du consentement comme principe indispensable à la validité de l'arbitrage. Ainsi et en raison de ces situations, nous verrons successivement le principe du consentement (a) et les atténuations susceptibles de l'atteindre (b).

a. *Le principe*

732. Le consentement, condition *sine qua non* à la validité de l'accord arbitral. De nature conventionnelle¹⁰⁸⁵, l'accord arbitral doit se conformer aux exigences de validité des conventions. En effet, rappelons qu'en droit commun, au surplus de la capacité de contracter et de la licéité du contenu, le consentement, exempt de vices, se dresse comme une condition indispensable à la validité des actes juridiques. Plus important encore : le consentement est un critère nécessaire au processus de création de l'effet obligatoire¹⁰⁸⁶ et de son éventuel rayonnement à l'égard des tiers. C'est à partir du consentement donné qu'on peut distinguer le contrat de l'acte unilatéral, ou encore de l'acte de pouvoir¹⁰⁸⁷. Ainsi, sans un consentement intègre et exempt de distorsion, la convention sera alors viciée et encourra la nullité relative au regard de l'article 1131 du Code civil. Il est donc nécessaire d'exprimer une volonté afin que la partie souhaitant contracter puisse connaître ce qui est à l'esprit de son cocontractant pour justifier les effets juridiques qui naîtraient de leur contrat.

733. Dès lors, le consentement des parties à l'arbitrage est non seulement une condition nécessaire à la formation et à la validité de la convention d'arbitrage, mais il est le critère même de sa définition. En effet, étant la chose des parties, recourir à une juridiction privée doit découler de la volonté commune des parties¹⁰⁸⁸. Néanmoins, en son absence, une convention d'arbitrage pourrait-elle encourir la

¹⁰⁸⁵ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *JDI* 2003, p. 139, LOQUIN, qui a élevé le fondement conventionnel de l'arbitrage au rang de principe général de l'arbitrage international.

¹⁰⁸⁶ V. en ce sens : Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 371 et spéc. 372, p. 266 et s.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, n° 378, p. 270 et s.

¹⁰⁸⁸ Doctrine et jurisprudence ont tenté d'interpréter la volonté commune des parties en mettant en place trois critères essentiels qui sont : le principe d'interprétation de bonne foi, le principe de l'effet utile et le principe d'interprétation *contra proferentem*. Pour plus de détails sur ces points, v. Besma ARFAOUI, *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, thèse de doctorat, droit, *dir.* Éric GARAUD, Limoges, 2008, n° 503 et s., p. 240.

nullité pour vice de consentement? Avant tout, il faut préciser qu'au nom de l'indépendance de la convention d'arbitrage, l'interprétation du consentement doit se faire séparément et distinctement par rapport au contrat principal. À supposer que le contrat principal soit frappé de nullité pour vice de consentement, la nullité ne pourrait rejaillir de droit sur la convention d'arbitrage, à moins que le vice l'ait touché également. À cet égard, il est tout à fait envisageable qu'une convention d'arbitrage soit nulle ou inexistante¹⁰⁸⁹ si la preuve d'un vice de consentement est apportée. C'est d'ailleurs sur des questions relatives à l'erreur que les tribunaux ont pu considérer qu'une convention d'arbitrage entourerait la nullité. Effectivement, il est possible d'imaginer une personne ayant cru qu'elle recourait à un mode non juridictionnel de résolution de conflit — conciliation —, alors qu'elle se retrouve devant un tribunal arbitral. La Cour de cassation a dû se prononcer sur un cas similaire en confirmant la décision d'une cour d'appel qui a jugé, après avoir relevé qu'une clause figurant dans un contrat constitue une procédure de conciliation préalable à la saisine de la juridiction étatique et non d'une convention d'arbitrage, que : « *Les arbitres s'étaient attribués une mission d'arbitrer sans l'accord des parties* »¹⁰⁹⁰. Par ailleurs, l'erreur peut être faite sur le choix de l'arbitre. Dans une affaire, a été jugée nulle la convention d'arbitrage dans laquelle, lors de la désignation des arbitres, l'une des parties avait ignoré qu'un arbitre avait adopté un comportement traduisant un manque d'indépendance et d'impartialité¹⁰⁹¹. Il s'agit ici d'une erreur sur la personne de l'arbitre ainsi que sur ses qualités substantielles. Quant aux autres vices du consentement, bien qu'ils soient difficiles à caractériser, ils sont *abstraitement*¹⁰⁹² susceptibles d'aboutir à la nullité d'une convention d'arbitrage.

734. En matière d'arbitrage international, l'exigence du consentement ne faiblit pas et continue de remplir son rôle de condition fondamentale à la validité de la convention d'arbitrage international. Néanmoins, deux précisions sont à apporter : d'abord, il appartient au tribunal arbitral, eu égard au principe de compétence-compétence, de se prononcer en priorité sur les questions relatives à l'existence et à la qualité du consentement. Le juge étatique sera conduit à connaître ces questions à

¹⁰⁸⁹ M. ANCEL, préfère parler de l'inexistence de la clause d'arbitrage au lieu de parler de sa nullité, puisque selon lui l'absence du consentement à la convention d'arbitrage implique : *l'existence même de cette convention (...)*. in, Pierre ANCEL, J.-Cl. *Procédure civile*, fasc. 1022 : *Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Consentement. Capacité. Pouvoir. Objet. Cause*, spéc. n° 5. Cité par, *Ibid.*, n° 377, p. 270.

¹⁰⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03-20.802, (*Société : optimal conseil et stratégie*), JCP. éd. G 2006, I, 187, n° 1, note ORTSCHIEDT.

¹⁰⁹¹ Cass. com., 16 juil. 1964, *Rev. arb.*, 1964, p. 125 ; Cass. civ. 2^{ème}, 13 avril 1972, JCP 1972, II, 17 189, note LEVEL ; D. 1973, p. 2, note ROBERT ; *Rev. arb.*, 1975, p. 235, note LOQUIN.

¹⁰⁹² V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 151, p. 118 et s.

l'occasion d'un recours en annulation ou lors d'une procédure de reconnaissance ou d'exécution d'une sentence. Il convient de souligner deux choses, au regard du principe de séparabilité de la clause d'arbitrage, les vices du consentement doivent être caractérisés à l'égard de la convention d'arbitrage elle-même et non simplement à l'égard du contrat principal, ensuite la loi applicable devant le juge français n'est pas la règle de conflit de lois, mais bien la règle matérielle. Ainsi, la convention d'arbitrage international est en principe valide sous réserve que l'on n'ait pas apporté la preuve d'une situation où le vice du consentement argué présente un degré de gravité tel qu'il serait synonyme de violation de l'ordre public international. Une situation qui n'est pas souvent rencontrée dans la pratique des affaires internationales, car il est difficile d'imaginer un opérateur faire usage des pratiques dolosives ou violentes pour amener une partie à conclure une convention d'arbitrage, dans la mesure où elle reste après tout une convention de procédure, et dans les relations d'affaires, les opérateurs se sont habitués à recourir à ce mode alternatif de résolution de conflits. Même s'il ne faut pas exclure totalement ces pratiques qui restent théoriquement valables et possibles pour rendre nulle ou inexistante une convention d'arbitrage.

735. En somme, le consentement est une condition absolument nécessaire à la validité de la convention d'arbitrage. Toutefois, il faut bien croire que le consentement peut parfois être confronté à des difficultés. C'est ce que nous verrons par la suite.

b. Les possibles atténuations

736. Relativement au consensualisme qui anime l'arbitrage, il n'y a guère de doute sur la sacralité du consentement et sur son statut de condition indispensable à la validité de l'arbitrage entre les parties. À observer toutefois que, d'un côté, le principe de validité de la convention d'arbitrage international qui consacre, entre autres solutions, une lecture très souple quant aux conditions de validité en la forme de la convention d'arbitrage international aux fins d'efficacité (i), et de l'autre côté le vif débat qu'il y a autour de la nature juridique de l'arbitrage « forcé » (ii), on se demande finalement si le consentement n'est pas plutôt en train de se désacraliser.

- i. Le principe de validité de la convention d'arbitrage international

737. Peut-on parler d'une « marginalisation » du consentement eu égard au principe de validité de la clause d'arbitrage international ? Le principe de validité a pour objectif l'efficacité de la convention d'arbitrage international. Ce principe a une double fonction. D'une part, il participe à la neutralisation de certaines règles applicables en arbitrage interne, à l'instar de la neutralisation des exigences de commercialité, de professionnalité ou de l'écrit — éléments qui pourraient être utiles au renforcement de la réalité du consentement, car il n'est pas rare que le principe du consensualisme se voit renforcé par certaines règles formelles —. D'autre part, il permet d'écarter une éventuelle norme étrangère désignée par une règle de conflit de lois qui prohiberait la clause d'arbitrage convenue par les parties.

738. Toutefois, dire qu'un accord arbitral est, *ipso facto*, valable pourrait laisser croire que la convention d'arbitrage est invulnérable. Une convention qui serait sans loi ni droit tirant sa validité d'elle-même est simplement inconcevable¹⁰⁹³. Mme GAUDEMET-TALLON disait à ce propos à l'occasion de son commentaire de l'arrêt *Dalico*, qu'« un acte ne peut être “en principe valable” : il n'est valable que s'il remplit des conditions de forme et de fond posées par une norme logiquement première par rapport à cet acte ; ces conditions peuvent être peu sévères, elles ne sauraient être inexistantes »¹⁰⁹⁴.

739. Mais en réalité, on pense, avec M. LOQUIN, que ces critiques sont excessives. D'abord, la jurisprudence n'a jamais mentionné de *validité absolue* de la convention d'arbitrage. Encore mieux, dans l'arrêt *Dalico*, la Cour de cassation a pris la précaution de préciser que la validité de la convention d'arbitrage s'apprécie avec l'existence d'une *volonté commune des parties* et que cette volonté est contrôlée par les règles matérielles. En d'autres termes, la validité de la convention d'arbitrage s'apprécie au regard « des règles impératives du droit français [notamment les règles françaises relatives à l'arbitrabilité des litiges] et de l'ordre public international ». En conséquence, « il faut donc prendre le principe de validité comme un principe contenant nécessairement son exception, tiré de la réserve de l'ordre public international »¹⁰⁹⁵.

740. Cela étant, le consentement des parties peut être en revanche perturbé lors de l'application de la règle de conflits de lois. Effectivement, il se peut que certains

¹⁰⁹³ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 136, p. 111.

¹⁰⁹⁴ Hélène GAUDEMET-TALLON, *note sous* CA Paris, 26 mars 1991, *Rev. arb.*, p. 456, spéc. p. 469.

¹⁰⁹⁵ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 136, p. 111.

droits nationaux, en l'occurrence les règles anglaises de conflits de lois de l'arbitrage international, adoptent comme critère de rattachement la norme applicable au contrat, et non la norme applicable à la convention d'arbitrage, même si les parties en ont convenu. À titre illustratif, dans une affaire dont le jugement a été rendu très récemment, un contrat de développement de franchise — *CDF* — a été conclu entre une société de droit Libanais *Kabab-Ji* et une autre de droit Koweïtien *AHFC*. Le contrat de franchise prévoit qu'*AHFC* devait organiser, au moyen d'un système de points de vente, l'exploitation de la marque *Kabab-Ji* au Koweït pendant 10 ans et que pour chaque création de franchise, *AHFC* et *Kabab-Ji* devait conclure un contrat spécifique au point de vente concerné — *CPVFs* — . Les accords *CDF* et *CPVFs* prévoyaient également une clause de choix de loi en faveur du droit anglais applicable aux obligations de l'accord principal et une clause d'arbitrage désignant un arbitrage CCI avec Paris comme siège.

741. En 2004, *AHFC* devient, à la suite d'un plan de restructuration, *KFG*. *Kabab-Ji* a consenti la restructuration à condition que cette nouvelle organisation n'entraîne pas de conséquences sur les termes des accords déjà signés entre eux. En raison d'un litige lié à l'exécution du contrat de franchise, un tribunal arbitral a été constitué sous l'égide de la CCI avec le siège à Paris. Le 11 septembre 2017, une sentence a été rendue dans laquelle il a été décidé que la société *KFG* est concernée par l'accord arbitral, mais également par la clause de choix de loi. Le tribunal arbitral a condamné la société *KFG* à verser, entre autres, la perte de change, de frais d'arbitrage, de représentation et le versement de toutes les redevances mensuelles de licences impayées. Les arbitres ont décidé à la majorité que la question de l'extension de la convention d'arbitrage à *KFG* était régie par le droit français et que la question du transfert des droits et obligations était soumise au droit anglais.

742. La société *KFG* a fait, parallèlement au recours en annulation qui a été introduit devant la cour d'appel de Paris, opposition à la demande d'exéquatur de la sentence arbitrale que la société *Kabab-Ji* a obtenue en Angleterre le 7 février 2018. Par un arrêt rendu le 20 janvier 2020, la cour d'appel de Londres et en application des règles de conflits de lois de l'*arbitration Act* de 1996¹⁰⁹⁶, a refusé d'admettre la demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale au Royaume-Uni

¹⁰⁹⁶ L'article 103 (2) (b), dispose qu'une sentence arbitrale peut se voir refuser la reconnaissance ou l'exécution lorsque : « *La convention d'arbitrage n'était pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue* ». Traduit selon les termes suivants : « *The arbitration agreement was not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made* ».

au motif que les parties ont expressément désigné le droit anglais comme droit applicable aux clauses compromissoires et par voie de conséquence, aux litiges portant sur la compétence des arbitres. Ainsi, les juges anglais ont conclu que la clause compromissoire est soumise au droit anglais, ce qui est contraire à la volonté des parties de soumettre leurs litiges à la CCI de Paris et donc écarter l'application du droit français de l'arbitrage international.

743. Entre-temps, la cour d'appel de Paris devait se prononcer sur le recours en annulation formulé par la société *KFG*. Effectivement, par un arrêt du 23 juin 2020, le juge français, faisant application des règles matérielles, a rejeté l'application du droit anglais sur la question de compétence du tribunal arbitral. Ainsi, en application du principe de validité et d'efficacité propres, le juge français avait relevé que de nombreux éléments permettant de caractériser l'implication de *KFG* dans l'exécution et la résiliation des accords en cause, ce qui a motivé la validité de l'extension de la convention d'arbitrage à son égard et donc la validité de la sentence arbitrale.

ii. L'« arbitrage forcé »

744. **La réalité du consentement dans l'arbitrage forcé.** Un arbitrage est considéré comme forcé lorsque l'acceptation de la convention d'arbitrage ne relève pas d'un choix libre. Autrement dit, l'arbitrage forcé est « (...) *la situation dans laquelle la loi impose aux plaideurs une juridiction d'exception et décide d'appliquer à celle-ci, au moins partiellement, le régime de l'arbitrage volontaire* »¹⁰⁹⁷. À côté de ce qui peut être contraint par la loi, l'arbitrage forcé peut être également décidé statutairement par un tiers qui n'est pas une autorité publique. C'est le cas par exemple de l'arbitrage international sportif ou l'arbitrage prévu dans les statuts d'une société.

745. En matière interne, l'arbitrage forcé « *n'existe pas. Ou l'arbitrage n'est pas forcé, ou ce n'est pas de l'arbitrage* »¹⁰⁹⁸ ; ou encore une *hérésie*¹⁰⁹⁹. En effet, depuis la loi du 17 juillet 1856, l'arbitrage forcé fut abandonné. Aujourd'hui, même si la terminologie subsiste, l'arbitrage forcé ne peut être analysé comme un arbitrage au sens propre du terme, c'est-à-dire un arbitrage où le libre choix des parties

¹⁰⁹⁷ Andréa PINNA, « *Réflexions sur l'arbitrage forcé* », *Gaz. Pal.*, 14-16 déc. 2008, p. 6

¹⁰⁹⁸ Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 385, p. 274.

¹⁰⁹⁹ Andréa PINNA, *art. préc.*

contractantes est prépondérant, mais qualifié en réalité de juridiction d'exception¹¹⁰⁰. Deux exemples sont souvent cités en droit interne, il s'agit de la Commission arbitrale des journalistes et l'arbitrage du bâtonnier. Ces deux institutions interviennent systématiquement pour trancher, pour l'une, les litiges relatifs aux indemnités de licenciement pour faute grave des journalistes ayant une ancienneté significative, plus de quinze ans en l'occurrence, pour l'autre, les litiges relatifs au contrat de travail ou à une convention de rupture, de l'homologation ou du refus d'homologation de cette convention, mais aussi les litiges nés à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale¹¹⁰¹, ou encore ceux qui naissent entre avocats à l'occasion de leur exercice professionnel¹¹⁰². Ces litiges étant définis par la loi, les requérants n'ont pas la liberté de choisir leur juridiction. Ainsi, il a été décidé par le Conseil constitutionnel que : « *La saisine de la commission arbitrale des journalistes ne trouve nullement sa source dans la volonté des parties, contrairement à l'arbitrage* »¹¹⁰³. En conséquence, les décisions rendues par ces juridictions ne sont pas et ne peuvent pas être assimilées à des sentences arbitrales émanant d'une véritable juridiction arbitrale¹¹⁰⁴.

746. En matière internationale, l'expression d'arbitrage forcé n'est pas courante ; on préfère parler d'arbitrage optionnel¹¹⁰⁵, de dissociation de consentements¹¹⁰⁶, ou encore d'arbitrage unilatéral¹¹⁰⁷. À passer en revue de ce qui se fait dans la pratique internationale, on constate que ce type d'arbitrage existe et qu'il y est même légitimé¹¹⁰⁸. Considéré, à juste titre, comme étant nécessairement volontaire, l'arbitrage unilatéral désigne le consentement à l'arbitrage émis par une partie, et cela, de façon générale — puisqu'il est prévu pour un nombre indéterminé de situations —, unilatérale et par avance dans l'attente de l'acceptation de l'autre

¹¹⁰⁰ Andréa PINNA, « *Réflexions sur l'arbitrage forcé* », préc. cit. V. aussi : Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op. cit., n° 23 ; Georges FLÉCHEUX, « *La commission arbitrale des journalistes* », *Rev. arb.*, 1964, p. 36.

¹¹⁰¹ Art. 7, al. 7, de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, modifié par la Loi n° 2016-394 du 31 mars 2016 — art. 1.

¹¹⁰² Art. 21, al. 3, de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, modifié par la Loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 — art. 7.

¹¹⁰³ Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-243/244/245/246/QPC.

¹¹⁰⁴ Plusieurs points de différences : d'abord la commission arbitrale des journalistes est présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire. Ensuite, les sentences rendues sont revêtues de force exécutoire par simple dépôt au greffe du conseil de prud'hommes, sans passer par la procédure d'exéquatur comme il se fait pour les sentences arbitrales. Mais la caractéristique fait rupture avec le tribunal arbitral, c'est que les deux juridictions sont compétentes exclusivement sur les litiges qui sont définis par la loi et, surtout, statuent sans convention d'arbitrage.

¹¹⁰⁵ Jean-Louis GOUTAL, « *L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats* », op. cit., n° 393, p. 448 : les clauses optionnelles sont celles « *qui laissent le choix à un seul des protagonistes de décider en cas de litige si celui-ci sera soumis à l'arbitrage ou au juge étatique* ».

¹¹⁰⁶ Ali MEZGHANI, « *Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage ?* », *Gaz. Pal.* 25—26 juin 2003, spéc. p. 17.

¹¹⁰⁷ V. En ce sens, Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Philippe FOUCHARD, Paris II, 2003 ; Alain PRUJINER, « *L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?* », *Rev. arb.*, 2005, p. 63.

¹¹⁰⁸ V. en ce sens : Jean BILLEMONT, op. cit., n° 396, p. 281. L'idée est que l'arbitrage forcé d'éviter que les différends de nature commerciale ne se transforment pas en des crises diplomatiques entre États.

partie, qui peut être chaque fois différente. Un auteur illustre parfaitement la singularité de l'arbitrage unilatéral en disant que : « Si dans le schéma habituel de l'arbitrage, chacune des parties a la double qualité de demanderesse et de défenderesse, dans l'arbitrage unilatéral, elle n'a qu'une seule qualité. Dans celui-ci, se présentent deux catégories de personnes ayant des positions procédurales différentes : une partie, seule et toujours défenderesse, et une autre, unique et exclusive demanderesse »¹¹⁰⁹. L'application de ce type d'arbitrage s'observe essentiellement en matière d'investissement. En effet, convenu sous forme de clause d'arbitrage classique, le plus souvent, dans les traités bilatéraux d'investissement, l'État hôte s'engage par avance à soumettre à l'arbitrage, notamment CRDI, tout litige relatif aux investissements émanant de l'État émetteur ou de l'un de ses opérateurs, si ces derniers en font la demande. En conséquence, l'arbitrage unilatéral ne s'impose pas nécessairement à l'investisseur, mais à l'État d'accueil des investissements, puisque ce dernier bénéficie de l'immunité de juridiction, l'investisseur a le choix entre la juridiction de l'État hôte et l'arbitrage CRDI, ce qui est *de facto* un arbitrage forcé.

747. Ainsi, l'arbitrage forcé en matière internationale s'analyse en un *privilegium de jurisdiction*¹¹¹⁰. Ce privilège peut même être imposé, comme on l'a précisé plus haut, par un tiers qui n'est pas une autorité publique. Il s'agit de l'arbitrage international sportif dans lequel la clause d'arbitrage est prévue de manière institutionnelle et confère la compétence au tribunal arbitral du sport. Imposé aux fédérations et aux comités olympiques, ce mode de résolution de conflit s'impose donc aux sportifs ainsi qu'à leurs organisations. La compétence du tribunal arbitral du sport est fondée souvent sur le consentement irréfragable justifié par le processus d'adhésion des licenciés aux règles de leurs fédérations ou comités olympiques qui, à leur tour, adhèrent aux règles de la fédération internationale ou au comité international olympique. Mais en réalité, ce consentement n'est que de façade, une « *fiction* », puisque les demandeurs n'ont pas la liberté de choisir une autre juridiction que celle du TAS.

748. Pour conclure, il n'y a point d'arbitrage sans consentement. Certes, certains modes de résolutions de conflits peuvent se faire sans consentement ou avec consentement unilatéral, mais ce n'est pas de l'arbitrage au sens propre. On parle plutôt de juridiction d'exception en matière interne ou de privilège de juridiction en

¹¹⁰⁹ Walid BEN HAMIDA, *op. cit.*, note 393, n° 14, p. 7, cité par Ousmane DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, thèse de doctorat, droit, préf. Jean-Michel JAQUET, GIG, 2015, n° 397.

¹¹¹⁰ V. en ce sens : Andréa PINNA, *art. préc.*

matière internationale. En conséquence, *l'arbitrage forcé ne constitue pas véritablement un arbitrage et ne peut donc être une atténuation à l'exigence du consentement*. Ces éléments étant avancés, qu'en est-il à présent de la capacité et du pouvoir des parties à donner leur consentement ?

2. *La capacité et le pouvoir de donner son consentement*

749. Se questionner sur les conditions nécessaires pour qu'une personne physique ou morale, privée ou publique puisse conclure un accord d'arbitrage, oblige d'abord à se demander si la conclusion d'un tel accord relève d'un acte d'administration ou de disposition. La réponse à cette question permet d'évaluer le degré de gravité de l'acte et donc de protéger le consentement de la partie incapable ou représentée. Traditionnellement, la qualification retenue de la convention d'arbitrage en droit interne est celle d'un acte de disposition. En effet, il existe plusieurs arguments textuels allant dans ce sens. L'article 2059 du Code civil dispose par exemple que : « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». Autrement dit, le recours à l'arbitrage semble accessible à toute personne, à condition qu'elle ait la libre disposition de ses droits litigieux. Cette qualification fait donc de la convention d'arbitrage un acte grave et dangereux qui engage les signataires à renoncer au droit d'être jugés par leur juge naturel, et aux garanties offertes par la justice étatique, au profit d'une justice privée ; une renonciation qui ne doit être en principe consentie que par les titulaires des droits ou, à l'occasion, par des personnes auxquelles on a confié le pouvoir de représentation. Or, cette qualification automatique en un acte de disposition est contestée. En effet, hormis le fait que la qualification résulte de l'interprétation d'une vision ancienne de l'arbitrage qui concevait l'institution comme une justice dangereuse et défectueuse¹¹¹¹ et qu'il fallait s'en méfier¹¹¹², lorsque l'on observe la pratique des affaires, surtout en matière internationale, on constate que la conclusion de la convention d'arbitrage devient une habitude et un acte de la gestion courante, et ce, en raison de la banalisation de l'arbitrage et du recours presque systématique à ce mode sûr de résolution des litiges.

¹¹¹¹ « (...) *L'arbitrage est une manière de juger si défectueuse, si dépourvue de garanties* », in, Raymond Théodore TROPLONG, *Du contrat de société civile et commerciale*, t. II, 1843, n° 520.

¹¹¹² V. en ce sens : *Id.*

750. Ceci étant avancé, la qualification doit donc être nuancée : la convention d'arbitrage est aussi bien un acte de disposition qu'un acte d'administration, et cela, suivant l'objet du litige et les circonstances de sa formation¹¹¹³. Il semble que la jurisprudence préconise la solution d'adapter la qualification de la convention d'arbitrage au cas par cas. Ainsi, en matière interne, la conclusion de la convention d'arbitrage est vue comme un acte de disposition dont il est nécessaire de vérifier la capacité (a) ou le pouvoir (b) de contracter. Une règle qui est, au contraire, libérale lorsque la matière est internationale, puisqu'on reconnaît à la convention d'arbitrage un statut d'acte de gestion courante.

a. *La capacité de compromettre*

751. **En droit interne**, la capacité juridique est une condition indispensable que doit avoir toute personne qui prétend à la qualité de partie à l'acte juridique. La capacité juridique est *l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer*¹¹¹⁴ ; une condition que la volonté des parties ne peut avoir aucun effet. Dans un souci de protéger juridiquement les personnes incapables, l'ordre public interne définit le statut des personnes qui sont en capacité de contracter. Cette règle universelle, reconnue par la plupart des droits nationaux, trouve son siège aux articles 1145 à 1152 du Code civil. La capacité peut être de jouissance — *aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation* —, d'exercice — *aptitude à faire valoir par soi-même et seul un droit sans avoir besoin d'être représenté ni assisté* —, ou d'ester en justice — *aptitude à plaider en justice en tant que demandeur ou défendeur* —. Lorsqu'il est question de la clause d'arbitrage, il paraît évident de vérifier, de prime abord, la capacité d'ester en justice, vu que la convention d'arbitrage a pour objet l'organisation des modalités d'exercice de l'action en justice. Seulement, voilà, en raison de son caractère conventionnel, c'est de la capacité d'exercice ou de contracter qu'il s'agit de vérifier. Ainsi, pour conclure une convention d'arbitrage, il faut être capable de conclure un contrat. Cela étant dit, pour conclure un contrat, en l'occurrence commercial puisque la clause compromissoire ne peut être opposée à la partie qui n'a pas conclu dans le cadre de

¹¹¹³ V. en ce sens : Éric LOQUIN, *Convention d'arbitrage-conditions de fond : consentement, capacité, pouvoir, objet, cause*, JCl. Pr. civ., fasc. 1022, n° 22 ; Jean-Baptiste RACINE, *Convention d'arbitrage. Formation*, JCL. contrats-distribution, Fasc. 191, 2009, n° 67 et s.

¹¹¹⁴ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 148, v. *capacité*.

son activité professionnelle¹¹¹⁵, les parties doivent être à la fois capables civilement et commercialement.

752. En ce qui concerne la capacité civile, les incapables d'exercice ont la jouissance de leurs droits. Ils peuvent ainsi revêtir la qualité de partie sous la condition impérative d'être représentés ou assistés dans cette démarche au moment de la conclusion. C'est le cas des mineurs et des majeurs protégés. Un mineur non émancipé, n'étant pas en mesure d'exprimer un consentement éclairé, ne peut de toute évidence conclure en son propre chef une convention d'arbitrage, mais pourrait se voir assister par un représentant légal qui sera en mesure d'agir en son nom. À défaut de représentation, la conclusion de la convention d'arbitrage engendre une nullité relative. À cet égard, la représentation d'un mineur peut se manifester à travers l'administration légale exercée par les parents — régie par les articles 382 à 386 du Code civil —, ou par un juge des tutelles dont les dispositions sont contenues aux articles 387 à 387-6 du même Code —. On peut également représenter un mineur non émancipé par sa mise sous tutelle en cas de décès ou de privation de l'exercice de l'autorité parentale des deux parents. En présence de ces formes de représentation, la convention d'arbitrage est qualifiée d'acte de disposition, à tout le moins grave traité de la même manière que la renonciation¹¹¹⁶ à un droit, qui nécessite donc le recours au juge des tutelles ou au conseil de famille comme prévoit l'article 387-1-4 du Code civil : « *L'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles, renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom* », ou encore l'article 506 du même Code qui énonce que : « *Le tuteur ne peut transiger ou compromettre au nom de la personne protégée qu'après avoir fait approuver par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge les clauses de la transaction ou du compromis et, le cas échéant, la clause compromissoire* ». Si le mineur est émancipé, ce dernier est capable de tous les actes de la vie — article 413-6 alinéa 1 du Code civil —. En revanche, il ne peut exercer une activité commerciale sans l'autorisation du juge des tutelles ou du Président du

¹¹¹⁵ L'article 2061 du Code civil stipule que : « *Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ».

¹¹¹⁶ Or, cette conception est contestée. En effet, selon un auteur : « *Recourir à l'arbitrage n'est pas une manière de disposer de ses droits, dans la mesure où la convention d'arbitrage n'a qu'un objet processuel. Elle confère à un juge privé le pouvoir de trancher le litige sans que les parties aient la maîtrise de la solution. Placer le débat sur le terrain de la renonciation n'a pas plus grand sens, car la conclusion d'une convention d'arbitrage est une modalité, parmi d'autres, de l'exercice de l'action en justice* », in, Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 155, p. 121. À cet égard, supposons même que les parties renoncent à leur droit d'être jugé par un juge étatique, l'arbitre, personne à qui le litige est confié, ne statut-il pas en droit et sous le contrôle du juge étatique ? À l'exception, bien évidemment, de la convention d'arbitrage qui stipule une amiable composition obligeant l'arbitre à statuer en équité. Il n'y a donc aucune raison de se méfier de cette « *renonciation* » ou de qualifier la convention d'arbitrage d'acte grave ou dangereux.

tribunal judiciaire comme le prévoit l'article 413-8¹¹¹⁷ du Code civil. Là encore, la conclusion de la convention d'arbitrage est qualifiée d'acte grave, même si le mineur émancipé est considéré comme un majeur — selon les termes de l'article 413-6 alinéa 1 du Code civil —, il doit nécessairement demander une autorisation au juge pour exercer une activité professionnelle et, *in fine*, conclure une convention d'arbitrage — par déduction de l'article 2061 du Code civil —.

753. La seconde incapacité d'exercice concerne les majeurs protégés. En effet, le droit français garantit également la protection des majeurs incapables en les plaçant sous sauvegarde de justice — tutelle ou curatelle —. Dans ce cadre, l'article 435 du Code civil dispose que le bénéficiaire en sauvegarde conserve l'exercice de l'intégralité de ces droits. Toutefois, dans son alinéa second, l'article prévoit la rescision pour lésion ou la réduction en cas d'excès des actes passés par le bénéficiaire. Ces actes pourraient même être annulés en application de l'article 414-1 du Code civil, c'est-à-dire lorsqu'il est établi un trouble mental au moment de la conclusion. Les majeurs incapables bénéficient également d'une mesure de curatelle. En effet, l'alinéa 1 de l'article 467 du Code civil dispose que : « *La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille* ». Ici, la conclusion des actes de disposition, parmi lesquels se trouve la clause compromissaire, nécessite l'intervention et l'assistance du curateur. Sans cette intervention, l'acte en question est frappé de nullité relative au même titre que les actes qui nécessiteraient, si le protégé est mis sous tutelle, une autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille.

754. Si la clause compromissaire ne peut être opposée à la partie qui la conclue que si elle s'inscrit dans le cadre d'une activité professionnelle, la capacité commerciale, ou l'aptitude d'exercer une profession commerçante, qui vient s'ajouter à la capacité dite simple ou civile, doit alors être vérifiée. En effet, au surplus des restrictions qui frappent le mineur émancipé, que nous avons évoquées précédemment, ou les majeurs protégés, le Code de commerce prévoit une série d'interdictions, d'incompatibilités et d'autorisations limitant l'accès à la profession commerçante. En ce qui concerne les incompatibilités, celles-ci interdisent l'exercice simultané de deux activités. Sont donc visés par ces incompatibilités : les officiers publics et ministériels, les professions libérales ou d'une manière réglementée, les

¹¹¹⁷ « *Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal judiciaire s'il formule cette demande après avoir été émancipé* ».

fonctionnaires. S'agissant des autorisations, l'exercice de certaines professions est réglementé soit par des quotas, des licences, d'honorabilité... etc. Aussi, les personnes étrangères peuvent exercer le commerce en France sous condition de réciprocité. Quant aux interdictions, les personnes qui désirent revêtir la qualité de commerçant doivent démontrer de l'absence de condamnations pénales ou fiscales.

755. Sont également frappées par l'interdiction générale de « *diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci* » : les personnes déclarées en faillite personnelle dont les causes sont précisées aux articles L.653-3 à L.653-6 — avoir par exemple poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements, avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif ou frauduleusement augmenté son passif, avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres... etc. — ; les personnes de mauvaise foi qui, durant l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, n'ont pas communiqué les renseignements nécessaires au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur, ou qui ont omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation dans le délai des quarante-cinq jours. Ces règles étant précisées, faisant de la convention d'arbitrage interne un acte de disposition, il s'agit à présent de vérifier la capacité en droit international qui, semble-t-il, ne pose pas de difficultés particulières.

756. En droit international privé, les questions de capacité des parties s'apprécient selon la loi de l'État dont ressort chacune d'elle. Néanmoins, en droit français de l'arbitrage international, ces questions ne sont pas résolues par la méthode conflictualiste¹¹¹⁸, mais soumises aux règles matérielles d'application générale. Ces questions peuvent concerner aussi bien la capacité des personnes morales que celle des personnes physiques¹¹¹⁹. Ainsi, pour éviter que ne soit trop souvent invoquée la nullité de la convention d'arbitrage international au motif que l'une des parties contractantes n'aurait pas la capacité de contracter, la jurisprudence française a érigé

¹¹¹⁸ Sur cette question, v. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 463 et s., p. 268.

¹¹¹⁹ Même si, selon certains auteurs, la capacité des personnes physiques semble échapper à l'emprise des règles matérielles et donc relève de la règle de conflit de lois (V. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 621, p. 568), il serait possible de considérer que puisque toute personne physique exerçant une activité commerciale est normalement capable de compromettre, de conclure une convention d'arbitrage notamment, la capacité des personnes morales à compromettre est de la capacité des personnes physiques — pour les personnes morales, la question se pose en réalité essentiellement en termes de pouvoir du représentant d'engager la personne morale —.

en matière internationale, depuis l'arrêt *Dalico*, le principe de validité de la convention d'arbitrage. Dans la mesure où elle ne heurte pas l'ordre public international, notamment en cas de fraude¹¹²⁰, la capacité de compromettre est de principe. Le recours à cette solution a été fondé par la jurisprudence française selon le principe de croyance légitime¹¹²¹, ou d'ignorance légitime de l'incapacité¹¹²².

757. Pour illustrer l'ignorance légitime, il convient d'évoquer l'hypothèse d'une personne qui serait incapable de contracter par application de la loi de l'État dont elle est ressortissante, mais conclut un contrat dans un autre État qui la considérerait, selon les dispositions légales propres à cet État, comme parfaitement capable de contracter. Le contrat conclu dans ce cas est, en principe, valide. Toutefois, la personne ne peut pas se prévaloir, *a posteriori*, de son statut personnel d'incapable. C'est ce que mentionne l'article 13 du règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui dispose que : « *dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'un autre pays* ». Cependant, l'article susvisé pose deux exceptions¹¹²³ : « (...) *Que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part* ». Excepté ces deux exceptions, le contractant, ignorant le statut personnel et véritable de cette personne, est alors excusé.

758. Quoi qu'il en soit, l'intérêt des questions de capacité dans les rapports commerciaux internationaux est bien limité par rapport à celui du droit interne. *Quid* à présent du pouvoir de compromettre ?

¹¹²⁰ Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 466, p. 269.

¹¹²¹ V. par exemple, CA Paris, 24 fév. 2005, n° 03-13.536, *Gaz. pal.*, 2005, p. 36 ; *Rev. arb.*, 2006, p. 210 : « *La convention d'arbitrage international n'obéit à aucune règle de forme, mais à un principe de validité qui repose sur le seul accord de volonté des parties. En l'espèce, la preuve de l'accord des parties résulte suffisamment de la signature et du sceau de la recourante sur le contrat litigieux. Au demeurant, un principe de capacité fondé sur la croyance légitime dans les pouvoirs des représentants se déduit du principe de validité de la convention d'arbitrage pour mettre un terme aux comportements contraires à la bonne foi* » ; CA Paris, 15 mai 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 829 : « *Le principe de capacité, selon lequel il est impossible de refuser l'accord d'arbitrer auquel on a consenti, repose sur la bonne foi et s'inscrit dans le contexte du principe de validité de la clause d'arbitrage qui a pour fondement la commune volonté des parties* ».

¹¹²² Pierre-Alain GOURION et Georges PEYRARD, *Droit du commerce international*, L.G.D.J 1997, p. 103, cité par Cédric BERNAT, *L'exploitation commerciale des navires et les groupes de contrats ou le principe de l'effet relatif dans les contrats commerciaux internationaux*, thèse de doctorat, droit, sous dir. Antoine VILARD, Bordeaux, 2003, n° 30, p. 27.

¹¹²³ Il faut rappeler tout de même que les normes internationales excluent de leurs champs d'application les questions de capacité. D'ailleurs, l'article 1 de la convention de Rome dispose que : « *Les dispositions de la présente convention (...) ne s'appliquent pas : a) à l'état et à la capacité des personnes physiques, sous réserve de l'article 11* ».

b. *Le pouvoir de compromettre*

759. Le pouvoir au sens strict est *l'aptitude à agir dans un intérêt différent du sien*¹¹²⁴. Le pouvoir de compromettre serait donc l'aptitude donnée à une personne pour représenter une autre à la conclusion d'une convention d'arbitrage. Ainsi, pour pouvoir engager un représenté dans une procédure arbitrale, il est important de vérifier la validité du pouvoir dont dispose son représentant. Là encore, les questions de pouvoir doivent être envisagées selon le droit interne et international.

760. **En droit interne**, les pouvoirs de représentation d'une personne sont de *droit* — lorsqu'ils sont de source conventionnelle, légale ou judiciaire —, de *fait* ou *apparent*. Ayant à l'esprit que la convention d'arbitrage est un acte grave dont le régime est analogue à celui des actes de disposition, l'article 1153 du Code civil dispose que : « *Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés* ». En cas de représentation conventionnelle, il est possible de conclure en faveur d'un tiers une convention d'arbitrage lorsque le représentant bénéficie d'un mandat spécialement donné à cet effet. En revanche, il serait possible de considérer que le représentant qui ne reçoit de mandat qu'en termes généraux et, *in fine*, ne peut embrasser que les actes d'administration¹¹²⁵ ne devrait pas pouvoir couvrir la conclusion de la convention d'arbitrage surtout que, et au surplus, l'article 1989 du Code civil qui dispose que : « *Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre* ». Ainsi, pour conclure une convention d'arbitrage dans le cadre d'un mandat, il est nécessaire d'obtenir soit un mandat spécial ou de préciser dans le mandat conçu en termes généraux une mention spéciale autorisant le mandataire à compromettre. C'est ce qu'on observe d'ailleurs dans le cas du mandat *ad litem* dans lequel, l'avocat doit demander à son client un pouvoir spécial pour conclure une convention d'arbitrage, puisque les pouvoirs qu'il tire de sa fonction et du mandat général, comme stipulé à l'article 417 du CPC, ne comportent pas celui de compromettre pour son client.

761. En ce qui concerne les représentants légaux des personnes morales, ces derniers ne peuvent engager la société qu'ils représentent que dans la limite des

¹¹²⁴ Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, cité par Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 161, p. 123.

¹¹²⁵ L'article 1988 du Code civil qui dispose que : « *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration* ».

pouvoirs fixés par la loi et qui varient selon le type de la société en cause. De cette façon, en application de l'alinéa 1 de l'article 1849 du Code civil, le gérant d'une société civile a le pouvoir d'engager la société pour les actes entrant dans l'objet social. Partant de là, et dans cette limite, la jurisprudence en a déduit que le gérant peut compromettre au nom de la société¹¹²⁶. Quant aux sociétés commerciales et compte tenu de la pratique des affaires, la qualification de la convention d'arbitrage en un acte de disposition semble dépassée. Car, il faut croire que la jurisprudence actuelle s'est montrée très évolutive et souple en la matière¹¹²⁷. En témoigne d'ailleurs l'arrêt de la cour d'appel en date du 4 janvier 1980 affirmant en ces termes que : « *L'arbitrage est l'un des modes normaux de règlement des litiges entre commerçants ; que la signature d'un compromis constitue dès lors, en matière commerciale, un acte de gestion courante* »¹¹²⁸. Il résulte ainsi de la jurisprudence récente que le dirigeant social n'a pas à obtenir une autorisation spéciale pour conclure une convention d'arbitrage, puisque cette action est considérée comme une gestion courante qui relève de son pouvoir général de direction et d'administration¹¹²⁹. Ce nonobstant, la question se pose pour ceux qui ont conclu une convention d'arbitrage alors qu'ils n'ont été investis d'aucun pouvoir pour le faire, soit parce qu'ils ont agi d'une manière occulte, comme c'est le cas du dirigeant de fait, ou qu'ils ont fait apparaître ce pouvoir, alors qu'ils n'ont pas la qualité de dirigeant — c'est le cas par exemple de l'associé ou du salarié de la société —.

762. Il faut bien se garder de confondre un pouvoir de fait et un pouvoir apparent. En effet, un dirigeant de fait peut œuvrer dans l'ombre sans être connu, ès qualités, des tiers, alors que le dirigeant apparent est connu aux yeux des tiers comme étant le véritable dirigeant, sauf qu'il n'en est pas. Ainsi, lorsqu'un dirigeant de fait, qui n'a ni titre ni pouvoir, ou une personne non dirigeante, jouant l'apparence, conclut une convention d'arbitrage, celle-ci devrait, *a priori*, être frappée de nullité pour défaut de pouvoir. Mais, bien que le fait et l'apparence ne soient pas synonymes, il serait envisageable, en se fondant sur la théorie de l'apparence ou de la croyance légitime, d'apporter une solution qui serait moins exigeante et qui tendrait à faire valider la convention d'arbitrage. Dans un récent arrêt rendu le 4 mai 2017, la Cour de cassation est venue confirmer le jugement de la cour d'appel et a décidé que : « *La*

¹¹²⁶ CA Paris, 22 mars 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 123.

¹¹²⁷ Sur ce sujet, Daniel COHEN, « *L'engagement des sociétés à l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 2006, p. 35 et Xavier BOUCOBZA, « *Le pouvoir d'engager les sociétés à l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 2013, p. 633.

¹¹²⁸ CA Paris, 24 janv. 1980, *Rev. arb.*, 1981, p. 160, note LÉVEL.

¹¹²⁹ Pour les sociétés anonymes, v. par exemple : Cass. com., 30 janv. 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 91.

cour d'appel, ayant fait ressortir que la croyance de la société Demathieu à l'étendue des pouvoirs du mandataire était légitime, a légalement justifié sa décision en déduisant que le tribunal arbitral était compétent, cette société n'ayant pas à vérifier les limites de ce mandat apparent », et ce, après avoir constaté que la cour d'appel avait relevé que : « Les fonctions du directeur n'excluaient pas qu'il ait reçu délégation de pouvoir, ensuite, que, peu de temps auparavant, ce dernier avait été signataire au nom de la société d'un autre marché public, pour le compte du groupement également constitué avec la même entreprise et enfin, que la requérante n'a pas contesté être engagée par les dispositions du contrat autres que celles relatives à la convention d'arbitrage »¹¹³⁰.

763. S'agissant des pouvoirs organiques et judiciaires, les mandataires judiciaires qui reprennent la gestion de l'entreprise en difficulté ont-ils le pouvoir de compromettre en lieu et place du dirigeant social ? Dans le cadre d'une mesure de sauvegarde, le principe veut que l'administration de l'entreprise soit assurée par le dirigeant social. La mission de l'administrateur, qui est nommé par le tribunal à la demande des associés ou des actionnaires, est de surveiller et d'assister le dirigeant dans les actes de gestion ou certains d'entre eux — article L 622-1 du Code de commerce —. Aussi, l'article L 622-3 du Code de commerce dispose que : « *Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* ». Subséquemment, le dirigeant social pourra, selon l'étendue des pouvoirs dévolus à l'administrateur, compromettre, et cela, peu importe que la convention d'arbitrage soit qualifiée d'acte de disposition ou d'acte de gestion courante, puisque l'alinéa 2 du même article énonce que : « *En outre, sous réserve des dispositions des articles L. 622-7 et L. 622-13, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi* », ce qui est la tendance actuelle de la jurisprudence.

764. À l'égard du redressement judiciaire, conformément à l'alinéa 3 de l'article L.631-14 du Code de commerce, si l'administrateur est nommé pour une mission de représentation, celui-ci exerce les prérogatives conférées au débiteur par le II de l'article L.622-7 et par le troisième alinéa de l'article L.622-8. En cas de mission d'assistance, il les exerce concurremment avec le débiteur. Là encore, le pouvoir de l'administrateur dépend de ce que le tribunal lui a dévolu. Dans la représentation,

¹¹³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-16.853, (*Sté Brisard Dampierre c/Sté Demathieu Bard Construction*), *Rev. arb.*, 2018, p. 765, note COHEN ; *RTD com.*, 2020, p. 300, note LOQUIN. Confirmant : CA Paris 8 mars 2016, *Rev. arb.*, 2017, p. 611, obs. BARBET.

l'administrateur se substitue à la place du débiteur et peut donc compromettre dans le cadre du II de l'article L.622-7 du Code de commerce.

765. En liquidation judiciaire, l'alinéa 1^{er} de l'article L.641-9 du Code de commerce dispose que : « *Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur* ». En revanche, l'alinéa 1^{er} de l'article 642-24 du Code de commerce permet au liquidateur judiciaire, avec l'autorisation du juge-commissaire et le débiteur entendu ou dûment appelé, de pouvoir compromettre et de transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers mêmes sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobilières. Ces éléments étant précisés, il convient à présent de vérifier les pouvoirs organiques en matière internationale.

766. En matière internationale. La question de la validité du pouvoir de conclure une convention d'arbitrage en matière internationale est tiraillée entre l'application de la règle de conflit de lois et les règles matérielles¹¹³¹. Normalement, en présence des rapports juridiques qui débordent du cadre national, la détermination de la loi applicable à ces rapports, et notamment au pouvoir de représentation, doit être en principe traitée selon la méthode conflictualiste, c'est-à-dire selon la loi de l'État dont la représentation tire sa source. Dans ce cadre, la validité du pouvoir de compromettre du mandataire conventionnel est normalement régie par la loi du mandat, le pouvoir d'un organe social par la *lex societatis*, ou la loi applicable à la société, qui renvoie à la loi du siège social de la société en cause et dont dépendra la constitution, le fonctionnement et la dissolution de la société et, enfin, les questions relatives aux pouvoirs organiques du débiteur en difficulté ainsi qu'aux pouvoirs attribués aux organes de la procédure collective, de la loi qui régit cette procédure.

767. Pourtant, dans la mesure où chaque droit national est particulier, les solutions du droit international privé varient d'un État à un autre. Il en va de la sécurité juridique des transactions internationales le fait de ne pas soumettre aux

¹¹³¹ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 629, p. 573 : « *Malgré les difficultés qu'elle peut engendrer, certains arbitres suivent la voie classique de la méthode conflictuelle pour déterminer les règles applicables au pouvoir d'engager une société. Cependant, plusieurs sentences arbitrales ont retenu l'engagement d'une société à l'arbitrage en se fondant sur la bonne foi ou l'apparence de pouvoir du signataire, appliquée au titre d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international* ».

règles de conflit de lois la question du pouvoir d'une personne à engager un tiers à l'arbitrage, car, comme pour la capacité, il est possible d'opposer à chaque fois au cocontractant le défaut de pouvoir du signataire de la convention d'arbitrage et ainsi faire constamment échec à l'efficacité de celle-ci. Pour pallier ces difficultés, la Cour de cassation a abandonné cette méthode pour consacrer le principe de validité de la convention d'arbitrage tiré des règles matérielles beaucoup plus adaptées au commerce international. Par exemple, les conventions d'arbitrages conclues par des personnes morales au regard du pouvoir de leurs représentants sont exclues de l'examen de la *lex societatis* et sont donc valides de principe. C'est ce qu'a affirmé d'ailleurs la haute Cour dans un arrêt dénommé *Soerni* en date du 8 juillet 2009 dans lequel on peut lire : « *L'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale, mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle internationale déduite du principe de la validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante de la société* »¹¹³². La solution semble pleinement justifiée, car la conclusion d'une convention d'arbitrage en matière internationale est considérée comme un acte usuel d'administration permettant au représentant légal d'une société d'engager celle-ci en arbitrage, sans que ce dernier ne soit soumis à une autorisation spéciale prévue à cet effet. Cette règle matérielle internationale valide également les pouvoirs d'un représentant apparent dépourvu de tout pouvoir légal ou conventionnel, dès lors que le cocontractant a pu légitimement croire dans l'apparence de ses pouvoirs. En ce sens, il a été décidé dans un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 28 octobre 2004 qu'une partie ne pouvait « *se prévaloir d'un défaut de pouvoir de son représentant apparent lorsque ce défaut de pouvoir a été légitimement ignoré par son co-contractant* »¹¹³³.

768. En définitive, les conditions que nous avons mises en exergue, que ce soient celles relatives à la capacité ou au pouvoir de compromettre, sont beaucoup plus exigeantes en droit interne qu'en droit international. Toutefois, certaines solutions érigées par la règle matérielle, notamment la qualification de la convention d'arbitrage en un acte usuel d'administration, semblent recevoir un écho en droit interne, donnant ainsi lieu à l'atténuation de certaines de ces règles rigides. Quoi qu'il en soit, la capacité et le pouvoir de compromettre sont deux éléments qui fondent la

¹¹³² Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2009, (*Soerni e. a. c./Air Sea Broker Ltd*), D. 2009, p. 1957, obs. DELPECH ; *Ibid.*, p. 2384, obs. AVOUT et BOLÉE ; *Ibid.*, p. 2959, obs. CLAY ; RCDIP, 2009, p. 779, note JAULT-SESEKE ; *Rev. arb.*, 2009, p. 529, note COHEN. V. dans le même sens : CA Paris, 30 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, p. 765, note COHEN.

¹¹³³ CA Paris, 28 oct. 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 189. V. aussi, CA Paris, 10 juin 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 154.

qualité du consentement. Reste à savoir si ce dernier est susceptible ou pas de faire appel à un acte d'interprétation.

3. L'interprétation du consentement

769. Deux hypothèses dans lesquelles la volonté des litigants est remise en question. Il y a d'abord l'hypothèse de la clause pathologique qui, en raison de sa rédaction maladroite, imprécise ou défectueuse, appelle l'arbitre à mobiliser les outils nécessaires à son interprétation (a). Ensuite, il y a l'hypothèse de la clause d'arbitrage par référence qui en raison de son insertion dans un autre document préexistant le contrat des parties, appelle l'arbitre à être vigilant sur l'existence du consentement (b).

a. Cas des clauses pathologiques

770. **L'impact de la retranscription de la volonté des parties.** En principe et sous réserve des règles impératives de l'ordre public — telles que les règles tenant au principe de l'arbitrabilité des litiges —, il revient aux parties de définir la portée de leur accord arbitral. En effet, une rédaction satisfaisante de la convention d'arbitrage doit permettre à l'arbitre d'identifier facilement ce à quoi les parties ont consenti, c'est-à-dire savoir si elles ont voulu vraiment recourir à l'arbitrage ou à une institution proche ; connaître la loi applicable et le caractère institutionnel ou *ad hoc* de l'arbitrage, mais également de savoir si les parties ont prévu une extension à d'autres contrats ou personnes. De même, avec des formulations, plus au moins précises, les parties doivent définir la catégorie des litiges qui sera soumise à l'arbitrage¹¹³⁴. Il faudra alors vérifier si le litige dont le juge étatique est dessaisi entre bien dans les prévisions des parties, car il se peut que les contractants soumettent à l'arbitrage tous types de litiges, comme ils peuvent en exclure certains. Ainsi, la mission de juger dont l'arbitre est saisi en priorité doit strictement se conformer au cadre et à la portée définis par les contractants. Or, en pratique, la rédaction de la

¹¹³⁴ Il est donc de l'intérêt des parties de définir d'une manière large le champ d'application *ratione materiae* de leur clause d'arbitrage. Ainsi, il est préférable d'utiliser une formulation similaire à la suivante : « sont soumis à l'arbitrage tous les litiges qui pourront naître à l'occasion du présent contrat ». Cette formulation permet d'englober et de rattacher tous les litiges qui pourront découler du contrat qu'elles ont conclu.

convention d'arbitrage est souvent *pathologique*¹¹³⁵, surtout en présence d'une clause compromissoire. Effectivement, lorsque la convention d'arbitrage est sous forme de compromis, le litige est déjà identifié et la mise en œuvre de l'arbitrage ne pose généralement pas de difficultés, puisque les parties adaptent à ce litige les outils nécessaires à sa résolution. En revanche, les difficultés surgissent lorsque la convention d'arbitrage est sous forme d'une clause, car le litige n'est pas encore survenu et qu'au moment de la conclusion de l'accord, les parties sont généralement dans une démarche positive, voire euphorique ; sans penser forcément aux litiges éventuels à naître ; les clauses sont donc souvent écrites à la hâte et de manière lacunaire.

771. Pour résoudre ces difficultés, les parties peuvent toujours s'accorder sur une interprétation qu'elles pourraient donner à leur accord ; chose qui n'est pas toujours aisée après la naissance d'un litige. Mais à défaut, il appartiendra le plus souvent à l'arbitre de procéder, par voie d'interprétation, à une recherche de ce que pourrait être réellement la volonté des parties. Pour ce faire, les arbitres ou les juges, saisis de la question, tendent généralement à appliquer trois principes : *le principe d'interprétation de bonne foi*, que l'on retrouve à l'article 1188¹¹³⁶ du Code civil, obligeant, en cas de doute, à faire prévaloir la volonté réelle exprimée et passer outre ce qui est formulé au sens littéral ; *le principe de l'effet utile* visé par l'article 1191 du Code civil : « *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun* » et enfin *le principe d'interprétation contra proferentem* s'inspirant de l'article 1190¹¹³⁷ du Code civil qui prévoit qu'en cas de doute, l'intégration de la clause d'arbitrage sera favorable pour celui qui a rédigé la clause défectueuse. Par ailleurs, d'autres principes d'interprétation sont aussi avancés, il s'agit de *l'interprétation stricte de la clause d'arbitrage* qui consiste à se limiter strictement aux formules de la clause ou le principe *d'interprétation in favorem validitatis*, qui oriente l'interprétation de la convention d'arbitrage vers le sens de l'extension des pouvoirs de l'arbitre. Or, ces deux derniers principes sont majoritairement rejetés par les « *interprètes* », puisque le premier est susceptible de donner l'occasion à une

¹¹³⁵ Terminologie attribuée à Frédéric EISEMANN et définie, d'une manière générale, comme étant une convention d'arbitrage qui, de par sa rédaction défectueuse, ne permet pas la constitution du tribunal arbitral ou la nomination d'un arbitre unique, ou encore la définition de la nature des litiges qui seront soumis à l'arbitrage sans un acte d'interprétation de l'arbitre ou du juge étatique d'appui.

¹¹³⁶ « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* ».

¹¹³⁷ « *Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé* ».

partie de mauvaise foi de se saisir de la défectuosité rédactionnelle pour échapper à l'arbitrage, et que le second peut donner un effet très extensif à la volonté des parties, alors qu'il est fort probable que le consentement soit douteux ou inexistant. Quoi qu'il en soit du principe mobilisé, et bien qu'émanant de l'arbitre ou du juge étatique, l'interprétation a un but : l'efficacité de la convention d'arbitrage. En effet, s'efforcer de donner un effet utile à celle-ci permet de concrétiser la volonté de se soumettre à l'arbitrage et d'éviter le dépeçage du contentieux.

772. Arrivé à ce stade, on se demande finalement si toutes les clauses à la rédaction défectueuse sont « *sauvables* » par voie d'interprétation. D'une manière générale, la pathologie des clauses est liée souvent à une désignation erronée, imprécise ou insuffisante des arbitres ou de l'institution d'arbitrage. Elle peut également porter sur la détermination de l'étendue du litige. Sur ce second point en particulier, la difficulté apparaît lorsque les parties ne précisent pas si les différends à venir, soumis à l'arbitrage, doivent être strictement réservés aux litiges « *nés du contrat* » et donc relatifs à l'exécution de celui-ci, ou bien ouvrir le champ de l'interprétation en incluant les questions relatives à la validité du contrat, ou même aller plus loin en admettant par exemple les litiges qui sont « *en relation avec le contrat* », ce qui ouvrirait la porte aux litiges extracontractuels¹¹³⁸. La jurisprudence semble très favorable à un élargissement et a eu l'occasion de se prononcer sur cette question en confirmant que : « *La convention d'arbitrage soustrait d'une manière générale le litige à la compétence des tribunaux judiciaires pour tout ce qui est en relation causale ou connexe avec son objet ; lorsque la clause se réfère à l'exécution du contrat, elle est applicable au litige mettant en cause la caducité du contrat* »¹¹³⁹. Après tout, n'est-il pas exact que « *l'essence de la convention d'arbitrage est a priori de fournir un mode de règlement de tous les différends pouvant surgir relativement au contrat liant les parties* »¹¹⁴⁰ ?

773. Cependant, bien que l'idée générale d'une interprétation restrictive de la convention d'arbitrage soit rejetée par la jurisprudence, notamment quant à son champ d'application, dire qu'il est tout à fait rationnel de considérer qu'à partir du moment où les parties sont d'accord pour soumettre leurs litiges éventuels à l'arbitrage, elles ont eu la volonté implicite de soumettre tout litige relatif au contrat¹¹⁴¹ n'est pas souvent audible, surtout si les termes de la clause d'arbitrage laissent supposer qu'elle est limitée à certains types de litiges. Effectivement, dans

¹¹³⁸ V. sur ces points en détail, Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 520 et s., p. 362 et s.

¹¹³⁹ CA Paris, 10 mars 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 143, *obs.* DERAÏNS.

¹¹⁴⁰ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 191, p. 238.

¹¹⁴¹ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 276, p. 214.

une affaire dénommée *Closaf* en date du 2 juillet 2020, la cour d'appel de Paris a jugé que le champ d'application d'une clause d'arbitrage contenue dans les statuts d'une SARL, manifestement imprécise, stipulant que : « *Toutes les contestations qui pourront s'élever, pendant la durée de la société, soit au cours des opérations de liquidation, soit entre les associés, les gérants et la société, soit entre les associés eux-mêmes, relativement aux affaires sociales, seront soumises à la décision de deux arbitres* », se limite aux litiges ayant trait au fonctionnement des organes de décision et d'exécution de la société et serait en conséquence inapplicable au contrat de cession de parts conclu entre deux associés¹¹⁴².

774. De même, et s'agissant des rédactions défectueuses liées à la désignation de l'arbitre ou de l'institution d'arbitrage, nous avons relevé, à travers l'étude de la jurisprudence, que lorsqu'il est question d'une simple maladresse de rédaction comme, et c'est souvent le cas, confondre la *Chambre de Commerce international* siégeant à Paris avec l'*International Chamber of Commerce* qui se trouve à Genève¹¹⁴³, ou encore désigner « *La Section internationale de la Chambre de commerce de Paris* », alors que cette institution n'existe pas en ces termes¹¹⁴⁴, les arbitres ou les juges parviennent généralement à corriger cette maladresse. En effet, dans certains cas, on est allé jusqu'à renommer l'institution d'arbitrage désignée de façon maladroite¹¹⁴⁵.

775. Pourtant, lorsque la clause est particulièrement pathologique et atteint un degré d'imprécision tel qu'elle fait obstacle à la mise en œuvre de l'arbitrage, notamment lorsque la formulation crée le doute sur la réelle volonté des parties ou qu'elle vise deux institutions d'arbitrage — référence à l'arbitrage institutionnel et *ad hoc* —, il devient difficile d'y remédier par voie d'interprétation. C'est d'ailleurs ce qu'a été retenu dans une affaire récente en date du 4 mars 2020¹¹⁴⁶. En l'espèce, une clause compromissoire a été prévue dans un contrat commercial conclu par deux opérateurs de droit indien. La clause d'arbitrage stipulait que le siège de l'arbitrage serait à New Delhi et que la procédure d'arbitrage serait conduite conformément aux règles et procédures de la CCI ou de la CNUDCI. Suite à un différend, l'une des deux sociétés avait saisi la CCI d'une demande d'arbitrage et aux fins de constitution du tribunal arbitral. L'autre société avait contesté l'intervention de la CCI en arguant

¹¹⁴² CA Paris, 2 juillet 2020, n° 19-21.120, (*Closaf c/Arlette Marguerite Eugénie R.*, *Bull. Joly Sté.*), janv. 2021, n° 1, p. 16, *obs.* COHEN ; *Dr. sociétés* 2020, Comm. 115, *note* MORTIER.

¹¹⁴³ V. en ce sens : Sentence CCI n° 3460 de 1980, *Clunet*, 1981, p. 939.

¹¹⁴⁴ Sentence CCI n° 5103, *JDI*, 1988, p. 1206, *obs.* AGUILAR-ÁLVAREZ.

¹¹⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 1983, *Rev. arb.*, 1984, p. 483, *note* RONDEAU-RIVIER ; CA Paris, 14 fév. 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 325, *note* LEVEL.

¹¹⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 2020, n° 18-22.019, (*Sté Antrix Corporation Limited c/Sté Devas Multimedia Private Limited*), *JurisData*, n° 2020-00328.

l'absence d'accord des parties sur le règlement de la CCI, et a saisi sans succès le juge d'appui indien. Une sentence a été donc rendue et a été revêtue de l'exéquatur. La société demanderesse a interjeté appel.

776. Devant la cour d'appel de Paris¹¹⁴⁷, la société demanderesse avait soulevé, dans une première argumentation, que la volonté des parties était de recourir à un arbitrage *ad hoc*, mais non institutionnel et que le renvoi aux règlements de la CCI ou de la CNUDCI n'était que pour encadrer la procédure après désignation des arbitres et excluait donc toute administration préalable de l'arbitrage par une institution. L'intervention de la CCI l'aurait donc privée de son droit de désigner un arbitre. Puis, une seconde argumentation a été avancée tendant à remettre en cause la régularité et la compétence du tribunal arbitral en raison du caractère pathologique de la clause, qui, non seulement, fait référence à deux règlements d'arbitrage, mais qu'elle ne prévoit aucune disposition sur les modalités de choix de l'arbitre. Sans succès, la cour d'appel a rejeté les deux arguments de la demanderesse et a confirmé l'ordonnance d'exéquatur de la sentence arbitrale. Pour se justifier, la cour d'appel s'est appuyée sur l'article 1466 du CPC¹¹⁴⁸, étendue à l'arbitrage international par l'article 1506-3° du même Code, et a estimé que : « *C'est au regard de l'argumentation développée devant les arbitres, et non des péripéties procédurales antérieures ou parallèles à l'instance arbitrale, qu'il convient d'apprécier si une partie est présumée avoir renoncé à se prévaloir d'une irrégularité* ». En d'autres mots, la cour d'appel avait considéré que les arbitres étaient invités à se prononcer seulement sur le caractère pathologique de la clause « *et non sur le fait que le règlement d'arbitrage de la CCI serait divisible et qu'un contrat pour l'administration de l'arbitrage n'aurait pas été conclu* ». Un pourvoi en cassation a été donc formulé.

777. Devant la première chambre civile, la solution de la cour d'appel est cassée. Au visa des articles 1466 et 1506-3°, la haute juridiction retient que : « *L'invocation par la société [demanderesse], devant le tribunal arbitral, du caractère pathologique de la clause prévoyant une procédure d'arbitrage conduite conformément aux règles et procédures de la CCI ou de la CNUDCI emportait nécessairement contestation de la régularité de la composition du tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCI, dès lors que l'option alternative du choix des règles de la CNUDCI offerte par la clause impliquait un arbitrage ad hoc, exclusif d'un arbitrage institutionnel, de sorte que l'argumentation soutenue*

¹¹⁴⁷ CA Paris, 27 mars 2018, n° 16-03.596, *Gaz. Pal.*, 19 mars 2019, p. 39, obs. BENSAUDE.

¹¹⁴⁸ « *La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* »

devant le juge de l'exéquatur, selon laquelle la clause d'arbitrage viserait un arbitrage ad hoc sans intervention de la CCI dans la désignation du tribunal arbitral, n'était pas contraire à celle développée devant celui-ci ».

778. Par ailleurs, la pathologie peut atteindre son sommet et donner lieu à un contentieux entravant la composition du tribunal arbitral lorsque la clause d'arbitrage est dite « *blanche* »¹¹⁴⁹, c'est-à-dire une clause qui ne précise rien, à l'exception de la volonté de se soumettre à l'arbitrage, elle ne prévoit ni les arbitres ni les modalités de leur désignation, ou prévoit un mécanisme inopérant ou défaillant de désignation. Cela dit, l'interprétation ne s'arrête pas aux conventions d'arbitrage imprécises ou mal rédigées, elle est également mobilisée pour connaître de l'existence du consentement donné à l'arbitrage en présence des contrats qui ne font mention de l'arbitrage que par référence.

b. Cas des clauses d'arbitrage par référence

779. Rappelons que la clause d'arbitrage par référence est « *une clause compromissoire contenue dans un document distinct et préexistant auquel renvoie le contrat passé entre les parties* »¹¹⁵⁰. Entre autres avantages, cette technique permet aux parties contractantes de faire l'économie de certains détails relatifs à leur accord. Certainement, c'est pour des raisons de simplification et de célérité qu'une partie choisit de préétablir un document dans lequel elle prévoit une clause d'arbitrage qui sera la référence pour tous les contrats à venir. D'une manière générale, les contrats d'adhésion sont le domaine de prédilection de la clause d'arbitrage par référence. Ainsi, l'insertion des clauses d'arbitrage par référence est une pratique courante dans le commerce international où elle peut figurer dans presque tout type de documents — contrats-cadres, charte partie, statuts et règlements, conditions générales de vente, factures, confirmation de commande, etc. La question qui se pose est de savoir si une telle référence suffit à attirer les parties signataires à l'arbitrage.

780. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer la question de la clause d'arbitrage insérée par référence dans une charte partie à laquelle renvoie le connaissance. Nous avons indiqué que pour justifier l'attraction des détenteurs

¹¹⁴⁹ Régime juridique, v. *infra*. n° 793 et s.

¹¹⁵⁰ Jean-François POUDRET, Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, L.G.D.J., 2002, n° 213, p. 176 et s.

successifs du connaissance ou du destinataire des marchandises à la procédure arbitrale, la connaissance de l'existence de cette clause par ces derniers est primordiale et doit être démontrée. Paradoxalement, cette condition de connaissance est aussi admise *inter partes*. En effet, depuis un célèbre arrêt intitulé *Bomar II* en date du 9 novembre 1993, la jurisprudence française s'est montrée très libérale quant à la question du consentement des parties à la clause d'arbitrage par référence, dans la mesure où il suffit qu'une partie contractante prenne connaissance de l'existence de cette clause pour qu'elle soit valide. Par voie de suite, il a été décidé dans cet arrêt que : « *La clause compromissoire par référence à un document qui la contient est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a accepté, fût-ce par son silence, l'incorporation du document au contrat* »¹¹⁵¹. Un autre arrêt est venu entériner cette solution en décidant plus explicitement que : « *En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence* »¹¹⁵². Ainsi, l'acceptation par la partie contractante de la clause d'arbitrage par référence est réputée présumée et se confirme à travers la connaissance qui, au moment de la conclusion de la convention qui fait l'objet du renvoi, doit être prouvée. Ce qui implique parfois un acte d'interprétation qui doit s'opérer au vu des principes que nous avons évoqués auparavant sans pour autant être très extensif, ni restrictif.

781. La preuve de l'acceptation de la clause d'arbitrage par référence est soumise, en droit interne, aux exigences légales de preuve. Ainsi, entre commerçants, la preuve se fait librement¹¹⁵³. En matière internationale, la jurisprudence a adopté, à maintes reprises, le principe selon lequel la preuve de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage se fait par tous moyens¹¹⁵⁴. Or, la preuve de la connaissance de la convention d'arbitrage par référence est plus délicate. D'une manière générale, la Cour de cassation, notamment dans l'arrêt *Bomar II*, avait eu recours aux mêmes règles objectives que nous avons mises en exergue lorsqu'il était question de

¹¹⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1993, n° 91-15.194, (*Sté Bomar Oil NV c./ETAP - Bomar Oil II -*), *Rev. arb.*, 1994, p. 108 et s., note KESSEDJIAN ; *JDI* 1994, p. 1994, p. 690 et s., note LOQUIN.

¹¹⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, n° 95-17.603, (*Sté Prodexport c./Sté FMT productions (Prodexport I)*), *Rev. arb.*, 1998, p. 537 ; *RCDIP*, 1999, p. 92, note MAYER. Pour une application récente, V. CA Paris, 25 janv. 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 137.

¹¹⁵³ V. en ce sens : l'article L.110-3 du Code de commerce.

¹¹⁵⁴ V. par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1992, n° 90-17.024, (*Sonetex c./Charphil*), *Rev. arb.*, 1993, p. 273, note MAYER ; *JDI* 1993, p. 140, note AUDIT : « *la cour d'appel n'avait pas à statuer quant à la forme et à la preuve de ces clauses (...), en fonction d'une loi qui, en raison de leur autonomie en cas d'arbitrage international, pouvait, d'ailleurs, ne pas leur être applicable* ».

l'extension de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers, règles qui ont été dégagées par l'arrêt *Dow Chemical*, c'est-à-dire poser dans un premier temps une présomption de connaissance fondée sur une existence claire de la clause par référence, puis une seconde présomption d'acceptation de la clause découlant de la première. Dès lors qu'il y a une référence claire¹¹⁵⁵ à une clause d'arbitrage, l'incorporation de la clause compromissoire est censée avoir été acceptée¹¹⁵⁶, sauf si la partie manifeste une volonté contraire.

782. De surcroît, le principe de bonne foi peut être également mobilisé pour justifier du consentement de la partie qui aurait contesté son consentement à une clause d'arbitrage par référence. À cet égard, la cour d'appel de Paris avait jugé dans un arrêt du 30 novembre 1990 que : « *Le principe de bonne foi qui préside aux relations contractuelles avant tout litige, conduit à admettre qu'un document mentionné comme étant joint à une lettre l'a effectivement été. Le contractant à qui ce document est annoncé a l'obligation de vérifier qu'il a bien été joint et de le réclamer au cas où il aurait été omis, s'agissant nécessairement d'un document à valeur contractuelle, qu'il ne peut ignorer sans prendre le risque de se le voir opposer ultérieurement sans pouvoir s'y soustraire* »¹¹⁵⁷. Toutefois, à l'instar des clauses pathologiques, si l'arbitre ou le juge d'annulation se trouvent confrontés à un consentement douteux, ils n'hésitent pas à se prononcer sur l'inexistence de la clause insérée par référence¹¹⁵⁸.

783. En somme, si l'exigence d'un accord arbitral est indispensable à la validité de la convention d'arbitrage entre les parties, que l'on soit en matière interne ou internationale, son existence en la forme doit être nuancée.

B. *L'existence en la forme de l'accord de volontés*

784. Partant du principe que la convention d'arbitrage a une base contractuelle, nous nous interrogeons sur le cadre formel de l'accord de volonté. En effet, il s'agit de savoir si l'expression de la volonté de recourir à l'arbitrage exige des conditions

¹¹⁵⁵ En ce sens, la Cour de cassation a confirmé le jugement d'une cour d'appel qui a décidé qu'un acheteur n'avait pas pu accepter la clause compromissoire en raison *des références contradictoires et incertaines* à deux séries de conditions générales de vente, dont une seule contenait la clause, alors que la cour n'a pas relevé de relations d'affaires antérieures. Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 1996, n° 93-21.128, *Bull. civ. I*, 1996, n° 86.

¹¹⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2009, (*Soerni c./Air Sea Broker Ltd*), *préc. cité*.

¹¹⁵⁷ CA Paris, 30 nov. 1990, *Rev. arb.*, 1992, p. 645, *note PELLERIN, cité par Besma ARFAOUI, op. cit.*, n° 494, p. 236.

¹¹⁵⁸ V. en ce sens : Cass. com., 7 janv. 1992, n° 90-11.645, *Rev. arb.*, 1992, p. 553, *note DELEBECQUE*.

formelles. En d'autres termes, nécessiterait-elle un écrit ? Dans l'affirmative, quelles seraient les énonciations et les mentions minimales requises pour sa validité ? (1). Une fois la question formelle traitée, il s'agira ensuite de se questionner sur la preuve de l'existence de l'accord arbitral, surtout en matière internationale (2).

1. *Le cadre formel*

785. Le cadre formel de l'accord de volonté est à vrai dire contrasté. Si en matière interne la convention d'arbitrage doit être stipulée par écrit sous peine de nullité, à l'opposé, en matière internationale l'écrit n'est pas requis. On s'attachera à examiner ce contraste en portant, dans un premier temps, l'analyse sur la place de l'écrit en droit interne et international (a), pour ensuite étudier les énonciations et les formulations minimales que doit revêtir cet accord pour sa validité, afin d'éviter les pathologies susceptibles de faire échec à la procédure arbitrale (b).

a. *La place de l'écrit en droit interne et international*

786. **L'exigence d'un écrit sous peine de nullité en matière interne.** Le droit français de l'arbitrage interne est très strict sur la question de l'écrit. La prescription est posée par l'article 1443 du CPC qui énonce que : « À peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ». La règle est donc requise *ad validatem* aussi bien pour le compromis que la clause compromissoire, et peu importe que cette dernière soit insérée dans un contrat principal ou par référence à un document distinct.

787. La raison d'une règle si exigeante repose sur le fait que la convention d'arbitrage est un acte grave et de là, la nécessité d'un écrit permet de protéger les contractants et d'établir la certitude de leur consentement ; une exigence héritée de la méfiance à l'égard de l'arbitrage en général et à l'égard de la clause compromissoire en particulier — dans l'arrêt *Prunier*¹¹⁵⁹ de 1843, la haute Cour avait banni la clause

¹¹⁵⁹ Cass. civ., 10 juill. 1843, (*Compagnie l'Alliance c/Prunier*), S. 1843, I, p. 561 ; D. 1843, I, p. 343 ; *Rev. arb.*, 1992, p. 399.

compromissoire pour huit décennies¹¹⁶⁰ —. En réalité, ce n'est que depuis la réforme opérée par le décret n° 2011 — 48 du 13 janvier 2011 que l'exigence d'un écrit a été strictement consacrée. Soulignons qu'avant la réforme, l'exigence de l'écrit ne concernait que la clause compromissoire, la forme du compromis était beaucoup plus libérale. Bien que l'unification des régimes de la clause compromissoire et du compromis permette de clarifier les conditions en la forme, cette résurgence du formalisme pour le compromis a été critiquée¹¹⁶¹. En effet, certains auteurs regrettent que le compromis soit doté d'un régime uniforme au même titre que la clause compromissoire, car l'écrit n'était requis auparavant qu'à titre probatoire, or aujourd'hui son absence est synonyme de nullité. Cette nouvelle uniformisation a fait table rase de toutes les avancées libérales que la jurisprudence a pu entériner concernant la preuve du compromis¹¹⁶² et de l'interprétation de l'exigence de l'écrit pour la clause compromissoire¹¹⁶³.

788. En outre, au regard des articles 1366 et 1367 du Code civil — par renvoi de l'article 1174 du même Code, l'écrit peut être soit sous forme de papier — par échange d'écrits, lettre de confirmation d'un contrat, fax, etc. — ou par voie électronique. Le plus souvent, l'écrit est formulé sous seing privé, mais rien n'interdit que sa stipulation soit par acte authentique. L'absence de l'écrit est sanctionnée de nullité, mais cette nullité n'est que relative, cela veut dire qu'elle est susceptible de confirmation si les parties démontrent d'une volonté de ne pas se prévaloir de la nullité et décident de continuer à participer sans réserve à l'arbitrage.

789. Sobriété et absence de formalisme en matière internationale. Contrairement au droit interne, la convention d'arbitrage en droit international ne requiert aucune condition de forme. Ce libéralisme est disposé à l'article 1507 du CPC : « *La convention d'arbitrage [internationale] n'est soumise à aucune condition de forme* ». La jurisprudence a consacré cette liberté avant même que le législateur de 2011 ne l'entérine. Effectivement, dans un arrêt de 2005 dénommé *Sidermétal* la cour d'appel de Paris avait jugé sans ambiguïté que : « *La convention d'arbitrage international n'obéit à aucune règle de forme, mais à un principe de validité qui repose sur le seul accord de volonté des parties* »¹¹⁶⁴. Le contraste avec le droit interne est saisissant faisant ainsi de

¹¹⁶⁰ V. en ce sens : Ibrahim FADLALLAH et Dominique HASCHER, *op. cit.*, n° 2 et spéc. n° 5, p. 5 et s.

¹¹⁶¹ V. en ce sens le commentaire du décret du 13 janvier 2011 d'Éric LOQUIN, « *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage* », *RTD com.*, 2011, n° 15 et s., p. 255 et spéc. p. 258.

¹¹⁶² V. par exemple, CA Paris, 13 janv. 1984, *Rev. arb.*, 1984, p. 530, *note* BERNARD ; CA Paris, 6 nov. 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 706, *obs.* DERAÏNS.

¹¹⁶³ V. en ce sens : CA Paris 26 juin 1987, (*Société entreprise Guy Broussail c./société Marbrerie de Bel Air et Clément*) ; *Rev. arb.*, 1990, p. 905, *note* MOREAU.

¹¹⁶⁴ CA Paris, 24 fév. 2005, *JCP G*, 2005, I, p. 179, *obs.* SERAGLINI.

la convention d'arbitrage un contrat purement consensuel. Ce consentement « *dévêtu* » a bien entendu un objectif : renforcer l'efficacité de la convention d'arbitrage. Bien entendu, en faisant l'économie du formalisme, cette démarche permet d'éviter l'instrumentalisation des questions formelles par les contractants de mauvaise foi aux fins d'échapper à l'arbitrage ou de faire naître des contentieux parasites¹¹⁶⁵. Parmi d'autres raisons contribuant à cet élan de libéralisme, il faut dire que l'arbitrage est la justice habituelle des pratiques commerciales internationales, la stipulation d'une telle convention est donc naturelle, voire systématique. De plus, étant donné que la règle de conflit de lois fut abandonnée par le juge français, on ne s'interroge plus sur la question de savoir si une loi étrangère est éventuellement applicable pour vérifier les conditions de validité en la forme de la convention d'arbitrage. Il revient donc à la règle matérielle de régir cette question — renvoi à l'article 1507 du CPC —.

790. À comparer avec d'autres droits nationaux, le droit français de l'arbitrage international semble être l'un des plus libéraux au monde. Quoique la France soit signataire de la plupart des conventions internationales prévoyant un certain formalisme, telles que la convention de New York de 1958 qui exige dans son article II alinéas 1 et 2 un écrit pour la clause compromissoire¹¹⁶⁶, ou encore la loi type de la CNUDCI, qui a été amendée en 2006, proposant dans son article 7 deux options¹¹⁶⁷

¹¹⁶⁵ V. Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 251, p. 195.

¹¹⁶⁶ « 1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. 2. On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes ».

¹¹⁶⁷ « Option I :

1) Une « convention d'arbitrage » est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.

3) Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.

4) Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement ; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données ; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie.

5) En outre, une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. 6) La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Option II :

Une « convention d'arbitrage » est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel ».

relatives à la forme de la convention d'arbitrage, ces règles ne s'appliquent pas devant le juge français. Il y a cependant une exception. En effet, en application des articles 1487 alinéa 3¹¹⁶⁸ et 1515 alinéa 1¹¹⁶⁹ du CPC, l'exigence éventuelle de l'écrit se manifeste lorsqu'il y a une demande de reconnaissance ou d'exéquatur des sentences arbitrales.

791. En tout état de cause, l'absence du formalisme ne doit pas inviter les praticiens à se départir de l'écrit qui, malgré tout, reste le meilleur moyen pour éviter les contestations et permet de retranscrire fidèlement la volonté des parties de recourir à l'arbitrage et de toutes les mentions relatives à cette institution — objet du litige, tribunal arbitral, loi applicable, etc. — que les parties pourraient oublier avec le temps. C'est ce que nous verrons par la suite.

b. *Les énonciations et formulations de l'écrit*

792. Contrairement à l'exigence de l'écrit, la désignation des arbitres ou les modalités de leur désignation, c'est-à-dire ce que doit contenir une convention d'arbitrage, est laissée à la liberté des parties. En revanche, seul le compromis interne doit mentionner l'objet du litige.

793. En ce qui concerne les mentions relatives à la désignation des arbitres ou les modalités de leur désignation, avant que le législateur n'adopte le décret de 2011 portant la réforme de l'arbitrage, les clauses d'arbitrage dites *blanches* étaient prohibées en droit interne. En effet, la convention d'arbitrage qui ne prévoyait pas ces mentions — référence aux anciens articles 1443 al. 2 du CPC pour la clause et 1448 al. 2 du CPC pour le compromis —, encourait la nullité. Mais depuis 2011, le législateur a libéralisé les règles validant les clauses blanches. Désormais, en matière interne, l'article 1444 du CPC dispose que : « *La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant, par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. À défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454* ». Ainsi, en cas de silence de la convention d'arbitrage, celle-ci ne sera pas nulle. Il reviendra donc aux parties de s'accorder sur la nomination d'un ou des

¹¹⁶⁸ « *La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité* ».

¹¹⁶⁹ « *L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité* ».

arbitres. À défaut, et conformément à l'article 1454 du CPC, c'est au juge d'appui de procéder à cette désignation.

794. Même constat en droit français de l'arbitrage international : la clause blanche est admise. Ainsi en application de l'article 1508 du CPC, les parties peuvent directement ou par référence désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. Il y a plus, ce libéralisme a même atteint son apogée en matière internationale, puisqu'une simple expression de la volonté de recourir à l'arbitrage est suffisante pour que celui-ci soit mis en œuvre. Autrement dit, la simple mention du mot « *arbitrage* » dans un contrat est suffisante pour que la convention d'arbitrage n'apparaisse pas manifestement nulle ou inapplicable¹¹⁷⁰. Dans un arrêt récent¹¹⁷¹, la cour d'appel de Paris a confirmé que la mention : « *Autres dispositions et Arbitrage : ce contrat est régi par le droit anglais* » suffisait pour la validité de la clause d'arbitrage et au déclenchement de la procédure arbitrale.

795. La liberté quant à la désignation des arbitres est à notre sens justifiée. En effet, cela se confirme pour la clause compromissoire, les parties ne désignent pas nommément les arbitres, car il se pourrait qu'au moment du litige, qui peut survenir après de longues années, les arbitres désignés soient probablement décédés, empêchés ou puissent tout simplement refuser leur mission¹¹⁷². Toutefois, rien ne justifie, en matière interne, la liberté relative aux modalités de désignation des arbitres, car cela contribuerait au prolongement du contentieux ; le législateur aurait pu donc maintenir cette exigence. Par contre, il y a une exigence dont le maintien a été jugé primordial. Il s'agit de la mention de l'objet du litige qui doit figurer dans le compromis. En effet, en matière interne, l'article 1445 du CPC fait de la mention du litige une condition de validité du compromis. Ainsi, à peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige. Ce qui est parfaitement logique, puisque le compromis est conclu après la naissance du litige, contrairement à la clause d'arbitrage qui ne pourrait de toute évidence le déterminer ni le prévoir avec exactitude. L'intérêt d'une telle mention est de permettre aux arbitres de définir — et donc de délimiter — le champ de leur compétence. La jurisprudence n'a pas hésité à déclarer nul¹¹⁷³ ou inexistant¹¹⁷⁴ le compromis qui ne détermine pas avec précision l'objet du litige.

¹¹⁷⁰ V. en ce sens : Thomas CLAY, « Liberté, égalité, efficacité : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *JDI* 2012, p. 826.

¹¹⁷¹ CA Paris, 27 mars 2018, n° 17-08.354, (*Cross Continental Trading Ltd.*), *Gaz. Pal.*, 2018, p. 17, obs. BENSUAUDE.

¹¹⁷² En ce sens, l'ancien article 1448 alinéa 3 du CPC disposait : « *Le compromis est caduc lorsqu'un arbitre qu'il désigne n'accepte pas la mission qui lui est confiée* ».

¹¹⁷³ Cass. civ. 2^{ème}, 2 juill. 1970, *Rev. arb.*, 1970, p. 78.

¹¹⁷⁴ CA Paris, 23 mars 2010, *Rev. arb.*, 2010, p. 389.

Cependant, en matière internationale, cette exigence n'est pas requise, puisqu'à la lecture de l'article 1507 du CPC, un compromis international qui ne définit pas clairement l'objet du litige n'est pas déclaré nul ou inexistant.

796. D'une manière générale, bien que le législateur français ait maintenu en droit interne certaines exigences relatives à l'écrit ou à la mention du litige pour le compromis, la tendance est de plus en plus libérale. La convention d'arbitrage compte plus de règles allant dans le sens de son efficacité que de règles encadrant sa validité. Une souplesse qui ne profite pas à une partie au détriment d'une autre, mais bien aux deux contractants. Cela dit, si la sobriété et la très grande liberté formelle sont constatées en matière internationale, comment prouve-t-on l'existence du consentement donné à l'arbitrage, surtout si l'on part du principe que théoriquement rien ne s'oppose, au regard des règles françaises de l'arbitrage international, à la validité de la convention d'arbitrage verbale ? C'est ce que nous verrons par la suite.

2. La preuve de l'existence de l'accord de volontés

797. La question de la preuve de l'existence de la convention d'arbitrage et de l'accord de volontés se pose uniquement en matière internationale, car, comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, en matière interne, la production d'un écrit est une condition de validité de la convention d'arbitrage. Avant d'aller plus loin, il faut préciser d'abord que l'examen de la preuve en droit de l'arbitrage international est traditionnellement régi par la loi déterminant la procédure. Sous réserve du respect des principes fondamentaux d'égalité des parties et du respect du contradictoire ainsi que les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 1464 du CPC, les parties peuvent librement choisir la loi de procédure : une liberté qui leur est garantie afin d'adapter la procédure aux spécificités du litige. Cependant, en l'absence de choix de la loi procédurale, l'alinéa 2 de l'article 1509 du CPC dispose que : « *Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure* ». De cet article, il est intéressant de souligner que l'arbitrage international n'a pas de *for*. Autrement dit, les règles matérielles offrent une réelle indépendance entre la *lex loci* — loi du siège de l'arbitrage — et la loi de la procédure. L'examen de la preuve de la convention d'arbitrage international n'incombe pas aux règles de la loi du siège de l'arbitrage. Le droit de la procédure est également autonome par rapport aux règles

de la loi applicable au fond¹¹⁷⁵ de l'arbitrage, si, bien évidemment, les parties ne l'ont pas expressément voulu.

798. Ainsi, trois options s'offrent aux parties pour régler les questions de la procédure et, *in fine*, celles relatives à la preuve. Les parties peuvent soumettre leur procédure à une loi étatique — cette option n'est pas souvent mise en avant, car elle pourrait réintroduire des règles rigides de procédure, d'autant plus que les lois demeurent relativement variables d'une législation à une autre —. La deuxième option, souvent adoptée par les parties, consiste à se référer à un règlement d'arbitrage, tel que le règlement de la CCI, CNUDCI, AAA... etc. Enfin, une dernière option revient à laisser le choix aux parties de régler directement la procédure. Cette option donne la possibilité aux parties de créer une procédure d'arbitrage pouvant contenir différents lois et principes issus de législations différentes ou « *anationales* », c'est-à-dire non rattachées à un ordre juridique en particulier. En général, ce sont les questions les plus délicates de la procédure qui sont soumises à un accord précis, les autres aspects de la procédure peuvent être laissés à discrétion de l'arbitre — .

799. Dans la plupart des cas et quelle que soit l'option choisie, le principe reste que la preuve en matière internationale peut être apportée par tous moyens, sous réserve du respect des règles d'ordre public. Les preuves documentaires, c'est-à-dire contrats, lettres, fax, factures... etc., sont très largement admises par l'arbitre. Ces documents peuvent être produits soit par les parties, ou à la demande, lorsque les preuves sont en possession d'un adversaire ou d'un tiers au procès. Sont également admises, les preuves électroniques, orales, par interrogation des témoins¹¹⁷⁶, ou encore les preuves par intervention d'experts... etc. Il faut dire qu'il est de l'intérêt des parties de convenir d'un écrit, car il demeure, malgré tout, le seul moyen capable de faciliter la preuve d'une convention d'arbitrage international. Relevons qu'en vertu des articles 1487 alinéa 3 et 1515 alinéa 1 du CPC, l'écrit devient une exigence en cas d'introduction d'une demande d'exéquatur ou de reconnaissance en France d'une décision arbitrale.

¹¹⁷⁵ V. en ce sens : CA Paris, 18 juin 1974, *Rev. arb.*, 1975, p. 179, note ROBERT : « La référence faite par les arbitres aux règles de conflit françaises pour la désignation de la loi applicable au fond n'exerce aucune influence sur le choix éventuel d'une loi procédurale. Il est de principe constant en droit international privé français que l'autonomie de la clause compromissoire permet de choisir une loi de procédure d'une loi nationale différente de la loi de fond et que le règlement CCI permet de désigner directement une loi de procédure sans avoir recours à des règles de conflits ». V. aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1980, n° 78-15.532, *JDI* 1980, p. 874, note LOQUIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 51, note GOUTAL.

¹¹⁷⁶ Cependant, pour éviter les excès que pourrait avoir le témoignage dans certains droits étrangers, notamment américain, l'arbitre a le pouvoir de corriger et d'ajuster les témoignages selon les attentes du procès.

800. En conclusion, pour qu'elle soit valide, la convention d'arbitrage doit se conformer aux exigences de fond et de forme — plus ou moins rigides suivant la matière de l'arbitrage —. Toutefois, on se demande si la validité du contrat principal et celle des relations de groupes seraient en mesure d'influencer sur la validité ou l'applicabilité de la convention d'arbitrage.

C. *La validité du contenant et des relations de groupes*

801. Comme on vient de l'expliquer, le non-respect des conditions de validité de la convention d'arbitrage est sanctionné par la nullité. Une nullité qui ne doit pas en principe affecter la validité du contrat principal, à l'exception de la clause qui serait « *la cause impulsive et déterminante* »¹¹⁷⁷ de l'accord principal, puisque la nullité de celle-ci entraîne l'anéantissement général de l'acte qui la contient, ou lorsque la cause de nullité affecte à la fois la clause compromissoire et le contrat principal — par exemple l'incapacité d'une partie à contracter —. Mais qu'en est-il de la nullité du contrat principal et ses effets sur la clause d'arbitrage qui y est insérée ? L'invalidité du contrat principal pourrait-elle entraîner celle de la clause compromissoire dans le cas où l'arbitre n'est pas encore saisi ? (1) La question se pose également pour la convention d'arbitrage prévue dans un contrat appartenant à un groupe de contrats ou de sociétés. En effet, si la validité des ensembles contractuels et l'unité du groupe de sociétés sont remises en cause, l'applicabilité de la convention d'arbitrage pourrait-elle être affectée ? (2).

1. *Les conséquences de l'anéantissement du contrat principal sur la validité de la clause d'arbitrage eu égard à l'exception de l'effet négatif du principe compétence-compétence*

802. Logiquement, lorsqu'un contrat principal est frappé de nullité pour des causes qui rendent impossible la poursuite des relations contractuelles — comme une erreur sur la personne du contractant ou une cause et un objet illicite du contrat —, l'impact de cette nullité doit se faire sentir sur l'ensemble de l'accord de volontés, y

¹¹⁷⁷ V. par exemple : Cass. civ. 3^{ème}, 23 mars 2010, n° 09-14.445.

compris la clause compromissoire. En effet, « *la clause arbitrale serait une clause virtuelle, sans utilité ni véritable force obligatoire si son efficacité dépendait de celle de l'obligation qui forme son objet* »¹¹⁷⁸. Or, en vertu du principe de validité et de séparabilité, la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte ; elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci¹¹⁷⁹. Cela signifie que ni la nullité ni l'inexistence du contrat principal ne peuvent affecter la validité de la clause d'arbitrage¹¹⁸⁰.

803. Néanmoins, au regard du principe de compétence-compétence, qui doit être distingué du principe d'autonomie¹¹⁸¹, l'arbitre a le pouvoir de se prononcer en priorité sur la validité ou les limites de sa propre compétence et, si elle est invoquée devant lui, sur la nullité du contrat principal¹¹⁸². Si ce dernier est jugé valide, la clause compromissoire aura rempli son rôle procédural en attribuant la compétence à l'arbitre. En revanche, si l'arbitre prononce la nullité de l'acte substantiel, il doit, dans le même temps, se déclarer incompétent puisque l'acte fondant sa compétence est affecté de nullité. Or, il n'y a plus aucun intérêt à déclarer nulle une clause d'arbitrage qui, dès l'instant où l'arbitre s'est saisi de l'affaire, a déjà produit ses effets. Autrement dit, le fait que l'arbitre prononce son incompétence est une compétence en soi.

804. Pour les promoteurs du principe de compétence-compétence et du principe de séparabilité : faire subir à la clause compromissoire le même sort que le contrat principal serait préjudiciable pour le bon fonctionnement de l'arbitrage et pourrait affecter l'efficacité de la clause compromissoire. En effet, reconnaître un « *supplément de compétence* »¹¹⁸³ aux arbitres permet d'éviter la navette incessante entre l'arbitre et le juge étatique, ce qui favorise la célérité de l'arbitrage. En outre, nous pensons que cette survie, exceptionnellement permise pour les clauses procédurales, n'affecte pas en principe les droits des parties nés du contrat, mais bien les droits d'action qui y sont attachés. Aussi, il faut rappeler que dans tous les cas si le contrat principal est véritablement nul, il sera déclaré ainsi par le juge étatique. L'arbitre, bien

¹¹⁷⁸ François-Xavier TRAIN, *Les contrats liés... op. cit.*, n° 36, p. 20.

¹¹⁷⁹ Article 1447, al. 1^{er} du CPC.

¹¹⁸⁰ V. en ce sens l'arrêt *Omenex* de la première Chambre de la Cour de cassation en date du 25 oct. 2005, *préc. cité*. (Décision énoncée en matière d'arbitrage international, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit transposée en matière interne).

¹¹⁸¹ Le principe de compétence-compétence complète et donne un plein effet au principe de séparabilité lorsque l'accord principal et la clause compromissoire sont tous deux menacés. Cf. Ibrahim FADLALLAH et Dominique HASCHER, *op. cit.*, n° 12, p. 40.

¹¹⁸² Arrêt *Gosset* : Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *D.* 1963, *Jur.* p. 545, note ROBERT ; *RCDIP* 1963, p. 615, note MOTULSKY ; *JDI* 1964, p. 83, note BREDIN ; *JCP* 1963, II, n° 13405, note GOLDMAN ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60, note FRANCESKAKIS.

¹¹⁸³ Ibrahim FADLALLAH et Dominique HASCHER, *op. cit.*, n° 13, p. 40.

que représentant de la justice privé, statue selon les règles de droit¹¹⁸⁴ de la même façon que le juge étatique.

805. Mais il y a une situation où la clause compromissoire pourrait être déclarée nulle ou inapplicable par le *juge étatique* avant même qu'elle ne produise ses effets. Elle se situe sur un plan chronologique et plus précisément dans l'hypothèse où le tribunal arbitral n'est pas encore saisi alors que la clause compromissoire est *manifestement nulle* ou *manifestement inapplicable* — renvoi à l'alinéa 1er de l'article 1448 du CPC¹¹⁸⁵ : *exception de l'effet négatif du principe de compétence-compétence* —. Reste à savoir de quelle manière le juge étatique procèdera-t-il pour examiner les causes de nullité ou d'inapplicabilité ; doit-il se cantonner aux seules causes d'invalidité manifestes qui toucheraient uniquement la clause d'arbitrage, ou bien pourrait-il élargir son spectre d'analyse en recherchant toutes les causes d'invalidité qui pourraient toucher à la fois la clause et l'ensemble de l'accord principal ? Avant de se prononcer sur cette question, il est important de préciser que les causes de nullité ou d'inapplicabilité doivent être ostensibles et certaines¹¹⁸⁶ de sorte qu'un examen sommaire, sans effort d'interprétation¹¹⁸⁷, suffit à constater la nullité ou l'inapplicabilité de la clause. En ce sens, M. LOQUIN soulignait que : « *L'inapplicabilité manifeste se constate prima facie. Elle ne suscite aucun doute tellement elle est évidente* »¹¹⁸⁸ ou comme disait M. DELEBECQUE la nullité ou l'inapplicabilité manifeste doit « *sauter aux yeux* »¹¹⁸⁹.

806. S'agissant de l'origine des causes de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, l'étude de la jurisprudence démontre que chaque fois qu'un juge étatique est saisi pour se prononcer sur cette question, les causes sont toujours recherchées du côté de la clause d'arbitrage. Ainsi, il est tout à fait possible de juger nulle ou inapplicable la clause compromissoire lorsqu'elle est conclue dans des

¹¹⁸⁴ À moins que les parties aient prévu un arbitrage en amiable compositeur, dans ce cas les arbitres sont autorisés à statuer en équité.

¹¹⁸⁵ « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* ».

¹¹⁸⁶ Magali BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Jean-Baptiste RACINE, Nice, 2011, n° 232, p. 199.

¹¹⁸⁷ Pour la Cour de cassation, le fait qu'une interprétation soit nécessaire, l'inapplicabilité de la clause compromissoire n'est pas manifeste. En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, n° 08-15.708 : « ... *L'argumentation développée par les défenderesses au contredit démontrait par elle-même qu'une interprétation de la situation juridique des différents intervenants était nécessaire, écartant ainsi le moyen retenu par le tribunal, la Cour d'appel a pu en déduire que l'inapplicabilité de la clause compromissoire n'était pas manifeste* ». V. également, Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Bull. civ. I*, n° 287 ; *JDI* 2006, p. 1384, note MOURRE ; *Rev. arb.*, 2006, p. 945, note GAILLARD ; CA Paris, 8 oct. 2013, n° 12-18.722, (*Iberia Linens Aereas De Espana c/Pan Atlantic*).

¹¹⁸⁸ Eric LOQUIN, *Procédure civile. Arbitrage*, JCL., Fasc. 1020, n° 67.

¹¹⁸⁹ Philippe DELEBECQUE, note sous Cass. com., 21 fév. 2006, n° 04-11.030, *DMF* 2006, p. 379.

domaines manifestement inarbitrables¹¹⁹⁰ ; lorsqu'elle méconnaît le principe de l'égalité des parties ou du contradictoire ; lorsqu'elle ne respecte pas l'exigence de l'écrit ; lorsqu'elle est conclue en raison d'une activité non professionnelle ou par des personnes morales de droit public non autorisées à compromettre ou enfin, dans certains cas, par des personnes faibles — cas des personnes frappées d'impécuniosité ne possédant pas ou plus de moyens financiers suffisants pour participer à l'arbitrage¹¹⁹¹ —. D'une manière générale, la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage est déclarée uniquement dans les cas où les parties auraient négligé les conditions de validité. Hormis ces cas exceptionnels, les juges écartent systématiquement les autres allégations : la convention d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable dès lors que le litige présente un lien avec le contrat, peu importe que ce litige soit extracontractuel, précontractuel ou post-contractuel¹¹⁹².

807. Cependant, est-il possible d'imaginer qu'une *cause de nullité manifeste du contrat principal* — ce qui serait synonyme d'inexistence *ab initio* du contrat principal — pourrait conduire le juge étatique à prononcer la nullité de la clause d'arbitrage ? Nous pensons qu'il est tout à fait envisageable de répondre par l'affirmative, car rien n'interdit d'aller dans ce sens. Effectivement, si l'arbitre, lorsqu'il est saisi en priorité, a le pouvoir de se déclarer incompétent à la suite d'une nullité qui frapperait l'ensemble du contrat, on pourrait, par analogie, faire de même avec le juge étatique, dès lors que l'arbitre n'est pas encore saisi. Bien que cette possibilité reste purement théorique, la pratique montre néanmoins qu'à chaque fois est arguée la nullité ou d'inapplicabilité de la clause d'arbitrage, alors que la demande ne se fonde que sur des causes insuffisamment manifestes ou qu'elles nécessitent un certain effort d'interprétation, le juge étatique l'écarte d'aussitôt. De même, il est donc tout à fait possible d'étendre cette solution lorsque les prétentions des parties concernent la nullité du contrat principal, et donc *ipso facto* la nullité de la clause d'arbitrage, à condition toutefois que les causes de cette nullité soient manifestes et évidentes pour le juge, car une recherche approfondie des causes de nullité serait synonyme d'interprétation, ce que le juge se refuse à faire.

808. Ainsi et compte tenu des incertitudes qui entourent la notion d'inexistence du contrat principal, il a été jugé opportun de ne pas paralyser l'application du principe d'autonomie en donnant à l'arbitre le privilège de l'interprétation. Il est donc

¹¹⁹⁰ V. *infra* n° 822 et s.

¹¹⁹¹ Klaus SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz. Pal.*, 13-17 juill. 2007, p. 22.

¹¹⁹² V. en ce sens : Magali BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 248, p. 214 et s.

très difficile d'affirmer avec force que lorsque le contrat principal est atteint de vicissitudes, même si celles-ci sont suffisamment apparentes, car elles nécessiteront toujours une recherche approfondie, le juge étatique peut se prononcer sur l'anéantissement du contrat principal et, par conséquent, sur l'inapplicabilité ou la nullité de la clause compromissoire. La même solution est retenue lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage conclue dans les relations de groupes qui seraient défaillantes.

2. Les conséquences de l'invalidité des relations de groupes sur l'applicabilité de la convention d'arbitrage

809. Deux hypothèses sont à envisager. La première concerne l'étude des effets de l'invalidité d'un contrat de l'ensemble contractuel sur l'applicabilité de la convention d'arbitrage contenue dans un autre contrat de l'ensemble (a). Ces effets seront étudiés eu égard à l'indivisibilité et à l'interdépendance qui caractérisent les contrats de l'ensemble contractuel. La seconde hypothèse s'intéressera à l'examen des effets d'une convention d'arbitrage sur l'ensemble du groupe de sociétés lorsque l'unité de ce groupe est remise en cause (b).

a. *Les effets de l'anéantissement en cascade des contrats de l'ensemble contractuel*¹¹⁹³

810. Avant d'aller plus loin, rappelons brièvement qu'un ensemble contractuel « est un ensemble de contrats distincts portant sur le même bien et ayant en commun au moins deux obligations unies par une identité d'objet »¹¹⁹⁴. Il s'agit donc d'un ensemble de contrats qui repose sur une identité de but : les contrats tendent à réaliser une même opération économique ou, autrement dit, « lorsqu'il peut être démontré que chacun des contractants ne s'est engagé qu'en considérant l'engagement de chacun comme une condition de l'engagement des autres »¹¹⁹⁵. Ainsi, selon la jurisprudence, l'ensemble contractuel doit être caractérisé par une *indivisibilité*¹¹⁹⁶, une *interdépendance* économique ou une

¹¹⁹³ V. en ce sens : Soraya AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois*, 30 mars 2002, n° 6, p. 355.

¹¹⁹⁴ Mireille BACACHE-GIBEILLI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, op. cit., p. 106.

¹¹⁹⁵ Cass. com., 4 avril 1995, *D.* 1996, p. 141, note PICQUET.

¹¹⁹⁶ La recherche d'une justification et de ce qui pourrait caractériser la notion d'indivisibilité a été largement débattue par la doctrine et la jurisprudence. En ce qui concerne la justification de la notion, doctrine et

*indissociabilité*¹¹⁹⁷ entre les contrats, de sorte que le sort des uns serait lié au sort des autres¹¹⁹⁸. Une spécificité qui semble se cantonner aux seuls ensembles contractuels et exclut des chaînes de contrats, car les conséquences de l'anéantissement d'un contrat de la chaîne n'entraînent pas forcément l'anéantissement des autres contrats.

811. Nous avons déjà dit que la clause d'arbitrage, conclue dans un contrat appartenant à un ensemble contractuel, peut, dès lors que la volonté des parties est exprimée¹¹⁹⁹, voir son champ d'application s'élargir aux autres contrats de l'ensemble, aussi bien dans les ensembles contractuels bipartites que multipartites. Mais il ne s'agit pas ici de reprendre le débat sur les conditions d'extension ou de validité d'une convention d'arbitrage dans un ensemble contractuel, puisqu'on part du principe qu'elle est déjà valide, mais il s'agit en revanche de se questionner sur les conséquences de l'invalidité d'un contrat sur l'applicabilité de la clause d'arbitrage contenue dans un autre contrat et, *in fine*, d'examiner les conséquences de cette invalidité sur l'extension *rationae materiae* des effets procéduraux à l'ensemble des contrats, y compris le contrat qui est à l'origine des anéantissements. Autrement dit, relativement à l'indivisibilité et à la relation circulaire qui existe entre les contrats de l'ensemble, l'anéantissement d'un contrat provoquerait-il l'anéantissement en cascade des autres contrats et de la clause d'arbitrage ?

812. L'anéantissement en cascade de l'ensemble des contrats, lorsque l'indivisibilité contractuelle est reconnue, est prévu par exemple à l'alinéa 2 de l'article 1186 du Code civil qui dispose que : « *Lorsque l'exécution de plusieurs contrats*

jurisprudence sont divisées et plusieurs fondements ont été avancés : justifications par la règle d'accessoire ; par la notion de condition, c'est-à-dire que la formation et l'exécution des contrats de l'ensemble seraient la condition de leur subsistance ; par la notion d'obligation indivisible, ou encore par la notion de cause. Toutes ces justifications ont été critiquées. En revanche, ce qui semble caractériser l'indivisibilité contractuelle, ce sont les critères subjectifs et objectifs qui doivent être recherchés à chaque fois que l'on veut établir l'existence de l'indivisibilité. Effectivement, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a pu caractériser l'indivisibilité en se fondant sur la volonté des parties et sur la convergence de l'objet de chaque contrat, c'est-à-dire l'économie générale de l'opération (Cass. civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n° 14-13.658), v. aussi l'alinéa 2 de l'article 1186 du Code civil qui a introduit ces deux critères : « *Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération [critère objectif] (...) et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie [critère subjectif]* ».

¹¹⁹⁷ V. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2010, n° 09-68-014 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 2003 ; Cass. com., 5 juin 2007, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 156 et com., 8 janvier 1991, *Bull. civ. IV*, 1991, n° 20 p. 12. Cité par Sami SERAGELDIN, *Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Nicolas BOUCHE, Lyon, 2014, n° 197, p. 86.

¹¹⁹⁸ V. par exemple : CA Paris, 19 mars 1993, *Gaz. Pal.*, 27-28 avril 1994, p. 18, *note VERET* ; Cass. com., 26 nov. 1996, *RJDA*, 1997, n° 300.

¹¹⁹⁹ La jurisprudence a parfois fondé l'extension *ratione materiae* de la clause compromissoire sur « *l'indivisibilité des conventions litigieuses* » (CA Paris, 11 janv. 1990, *JDI*, 1991, p. 141, *note AUDIT* ; *Rev. arb.*, 1992, p. 95, *note COHEN* ; *RTD. com.*, 1992, p. 595, *obs.* DUBARRY et LOQUIN) ; sur « *le caractère ou à tout le moins connexe des conventions litigieuses* » (CA Paris, 23 mars 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 501, *note LI*), ou encore sur fait que « *les contrats litigieux s'inscrivent dans un même ensemble contractuel* » (CA Paris, 9 décembre 1987, *Rev. arb.*, 1988, p. 573), cité par Éric LOQUIN, *Divergences et convergences...*, *op. cit.*, n° 26.

est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ». Ce qui signifie que la disparition de l'un des contrats rend caducs les autres contrats de l'ensemble.

813. Rappelons qu'un contrat caduc est « un acte juridique frappé accidentellement de stérilité »¹²⁰⁰ ; « un fruit parfaitement mûr [...] tombé faute d'avoir été cueilli en son temps »¹²⁰¹. Réduit à un état de « non-valeur »¹²⁰², l'acte caduc est un acte anéanti, mais il n'entraîne pas pour autant l'anéantissement de la clause d'arbitrage qui y est insérée. Cette solution a été très tôt adoptée par la jurisprudence française en matière interne avant même que le principe d'autonomie ne soit reconnu en droit de l'arbitrage interne. Dans un arrêt de 1966¹²⁰³, la haute Cour avait jugé que l'existence et la validité de la clause compromissoire ne sont pas mises en cause en cas de caducité du contrat. En matière internationale, c'est l'arrêt *Navimpex*¹²⁰⁴ qui est souvent cité comme étant la référence lorsqu'il est question de se prononcer sur la validité d'une clause compromissoire en présence d'un contrat caduc, pour non entrée en vigueur en raison de la défaillance d'une condition suspensive¹²⁰⁵. Or, avant que l'arrêt *Omenex*¹²⁰⁶ n'entérine définitivement l'invulnérabilité de la clause d'arbitrage contre *toutes* les causes d'anéantissement et de nullité du contrat principal, l'arrêt *Cassia* de 1990 a laissé planer le doute sur la position exacte de la jurisprudence française. En effet, la Cour de cassation avait jugé que le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage « trouve sa limite dans l'existence en la forme de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée »¹²⁰⁷, dès lors qu'un contrat principal a été paraphé, mais non signé, et dont l'exécution avait été abandonnée.

814. Cela étant, on se demande si le fait de déclarer un contrat, incluant la clause d'arbitrage, caduc subséquentement à la caducité d'un autre contrat peut

¹²⁰⁰ Laurent BOYER et Henri BOYER, *Introduction au droit*, Litec, coll. Traités, 2002, n° 02, p. 38.

¹²⁰¹ Roger PERROT, *Comm. de Cass. civ. 2^{ème}*, 6 mai 2004, n° 02-18.985, *Bull.* 2004, II, n° 220 ; *RTD Civ.*, 2004, p. 559.

¹²⁰² Gérard CORNU, *op. cit.*, v. *Caducité*

¹²⁰³ Cass. civ. 2^{ème}, 13 janv. 1966, *Bull. civ.*, II, n° 51.

¹²⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1988, n° 86-14.396, *Rev. arb.*, 1989, p. 641, *note* GOLDMAN.

¹²⁰⁵ Dans cette affaire la caducité a été causée par la carence de l'une des parties à fournir les garanties convenues pour la conclusion du contrat principal. En effet, il a été jugé que : « En se fondant sur le principe de l'autonomie de la clause compromissoire, lequel permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n'a pu entrer en vigueur dès lors que le différend les oppose est lié à sa conclusion ». Cependant, cet arrêt est souvent fausement avancé comme justification à l'inexistence du contrat principal, v. en ce sens, Jean BILLEMONT, *op. cit.*, sous note n° 67, p. 218.

¹²⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, *précité*.

¹²⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 1990, *Rev. arb.*, 1990, p. 851, *note* MOITRY et VERGNE ; *JDI* 1992, p. 168, *note* LOQUIN. Dans le même sens, CA Paris, 10 mai 1994, *Rev. arb.*, 1994, p. 66, *note* JARROSSON ; CA Paris, 19 janv. 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 601, *note* JARROSSON.

altérer la solution d'invulnérabilité de la clause d'arbitrage contre les causes d'anéantissements ? Nous ne pensons pas que le contexte de l'ensemble contractuel puisse infléchir cette solution, seulement, il faut garder à l'esprit que l'article 1186 du Code civil exige certaines conditions parmi lesquelles l'acte doit souffrir de la disparition de l'un de ses éléments essentiels. La notion d'« *éléments essentiels* » pose une difficulté d'interprétation : faut-il limiter le périmètre de la notion aux seules conditions de validité de l'acte ou faut-il l'étendre aux éléments qui conditionnent son exécution et qu'en est-il du caractère volontaire ou involontaire de la disparition ? Bref, cette voie d'interprétation écarte d'emblée la possibilité pour un juge étatique de se prononcer sur l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage lorsque l'arbitre n'est pas encore saisi, et participe à renforcer le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage en donnant à l'arbitre le privilège de juger de sa propre compétence. De plus et compte tenu de la multiplicité des contrats, le principe de validité de la clause d'arbitrage dans un ensemble contractuel permet de réunir tous les contentieux relatifs à ces contrats en un seul contentieux porté devant l'arbitre.

815. Ainsi et au regard de l'article 1447 du CPC — matière interne — et du principe de validité — matière internationale —, la paralysie des relations entre contrats de l'ensemble contractuel n'a aucun effet sur l'applicabilité et la validité de la convention d'arbitrage. Qu'en est-il alors de cette solution dans le contexte des groupes de sociétés ?

b. La nécessaire existence et unité du groupe de sociétés

816. Si l'indivisibilité ou l'interdépendance économique entre les contrats est l'une des caractéristiques des ensembles contractuels et une condition de leur existence, l'unité économique entre sociétés fait partie également des aspects nécessaires à l'existence d'un groupe de sociétés. Le critère économique est un élément nécessaire à la justification de l'existence des groupes de sociétés, car la référence à un critère purement juridique est jugée insuffisante. En effet, du point de vue juridique, chaque société du groupe devrait être considérée comme autonome et indépendante ; une telle analyse ne rend pas compte des réalités et notamment des liens qui se tissent entre les différentes unités du groupe et les contraintes qui peuvent

naître à l'occasion de ces relations. Ainsi, le critère économique, dont les objectifs peuvent être variés¹²⁰⁸, offre la possibilité de saisir l'ensemble des composantes du groupe et permet de mettre en évidence les liens de dépendance qui s'établissent entre elles — unité du groupe —. Ainsi, conformément à l'unité économique, on arriverait, par addition à d'autres éléments, à justifier l'unité juridique¹²⁰⁹, notamment le cas du rayonnement des effets juridiques de la convention d'arbitrage au sein du groupe.

817. Nous avons dit auparavant que le principe de l'extension des effets juridiques de l'arbitrage aux sociétés du même groupe a pour origine, mais pas seulement, la présomption de l'acceptation de la clause d'arbitrage. Cette présomption d'acceptation commande, entre autres exigences, à ce que l'unité économique du groupe de sociétés soit réelle. La jurisprudence arbitrale, qu'elle soit française ou étrangère, souligne que l'existence de l'unité du groupe est une condition nécessaire au fondement de l'extension de l'arbitrage à des sociétés appartenant au même groupe, mais non-signataires de la convention d'arbitrage. Pour illustrer nos propos et au surplus de l'affaire *Dow Chemical*, les arbitres américains de la *Society of Maritime Arbitrators* ont relevé qu'il n'était ni raisonnable ni pratique d'exclure les demandes des sociétés qui ont *un intérêt dans l'entreprise et qui sont membres de la même famille* de sociétés, et ont déduit de l'existence du groupe de sociétés l'extension des effets d'une clause compromissoire signée par une société du groupe à d'autres sociétés du même groupe¹²¹⁰. Dans la même perspective, la *High Court of Justice* d'Angleterre a décidé qu'au nom de l'unité du groupe qui existe entre une filiale et une société mère, le litige naissant entre la société mère et un de ses contractants commande à ce que la filiale soit aussi attirée à l'arbitrage et a décidé de suspendre la procédure *judiciaire* qui a été engagée contre cette même filiale¹²¹¹. Ceci étant avancé, on se demande si l'absence de cette unité pourrait avoir un impact sur l'existence du groupe et, *in fine*, altérer les relations juridiques qu'entretiennent les sociétés entre elles.

818. Contrairement aux ensembles contractuels, les sociétés du groupe sont distinctes, cela signifie que la disparition d'une société n'entraîne pas en principe la

¹²⁰⁸ Limitation des risques financiers, recherche d'une position dominante pour un produit déterminé, mettre en commun les moyens de production, etc.

¹²⁰⁹ On fait référence ici aux effets juridiques qui pourraient atteindre l'ensemble des sociétés du groupe.

¹²¹⁰ SMA Case n° 1510, 28 nov. 1980, (*MAP Tankers, Inc. v. Mobil Tankers, Ltd.*), in, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. VII, 1982, p. 151.

¹²¹¹ High Court Of Justice, 6 oct. 1977, (*Roussel-Uclaf G. D. v. Searle & Co. Ltd.*), in, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV, 1979, p. 317.

disparition en cascade des autres sociétés. À titre d'exemple, la disparition d'une filiale n'influence en rien la validité et l'applicabilité de la convention d'arbitrage, prévue par la société mère dans ses statuts, aux autres filiales du groupe. Ce qui nous amène à dire que l'applicabilité de la convention d'arbitrage à la société signataire et aux autres sociétés non-signataires ne repose jamais sur la seule condition de l'unité du groupe. Bien que ce critère, en l'absence d'un véritable statut juridique du droit des groupes de sociétés, occupe une certaine place pour justifier de la relation de dépendance qui existe entre les sociétés du groupe, force est de constater, avec M. FADLALLAH, que « *le groupe n'est pas seulement principe d'unité, il est aussi principe de diversité et de division du travail et organisation du cloisonnement de la responsabilité...* »¹²¹². En conséquence, l'unité du groupe n'est qu'un élément parmi d'autres permettant la confirmation de l'existence de ce groupe. C'est pour cela qu'au surplus de l'existence du groupe, la jurisprudence arbitrale a mis l'accent sur l'intention des parties et le degré d'implication des différentes sociétés dans l'opération en cause pour justifier de leur attraction à la procédure arbitrale.

819. En somme, la remise en cause de l'unité du groupe de sociétés n'est pas en mesure d'influencer l'applicabilité de la convention d'arbitrage à l'égard des sociétés non-signataires. Elle n'influence pas non plus la validité de celle-ci. Au même titre que les groupes de contrats, la jurisprudence et la doctrine actuelles rejettent l'extension *rationae personae* fondée sur la seule existence du groupe ou de son unité¹²¹³.

820. En définitive, la volonté de dessaisir la justice judiciaire de son rôle naturel au profit d'une justice arbitrale appartient aux parties et à elles seules. Conventionnelle de par son fondement, la convention d'arbitrage doit veiller au respect des règles de droit commun des contrats lorsque la matière est interne et de se conformer aux règles matérielles lorsque l'arbitrage est international. Les conditions de validité liées à l'exigence et à l'existence d'un accord de volontés sont la première étape au déroulement de l'arbitrage. Mais vu le particularisme du régime de la convention d'arbitrage, le législateur est allé jusqu'à poser des conditions spécifiques de validité propres au droit de l'arbitrage. C'est ce que nous verrons dans le développement suivant.

¹²¹² Ibrahim FADLALLAH, « *Clauses d'arbitrages et groupes de sociétés* », *op. cit.*, p. 105.

¹²¹³ V. en ce sens : Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 540, p. 376.

§2 Les conditions de validité propres au droit de l'arbitrage

821. Deux spécificités sont à envisager. D'abord, tous les litiges ne sont pas arbitrables. C'est à dire, les litiges ne sont pas tous en mesure d'être résolus par la voie de l'arbitrage¹²¹⁴. L'arbitrabilité des litiges permet de limiter la sphère de compétence des arbitres en identifiant le champ de ce qui est arbitrable de ce qui ne l'est pas, car raisonnablement les juges privés ne peuvent pas juger tous les litiges : il s'agit ici de *l'arbitrabilité objective*. Ensuite, quand bien même les litiges seraient objectivement arbitrables, encore faut-il que toutes les personnes morales soient aptes à compromettre. Référence faite ici à *l'arbitrabilité subjective* et plus précisément à l'aptitude des personnes morales de droit public à convenir de confier leurs litiges à des personnes privées¹²¹⁵. Enfin, le droit de l'arbitrage pose également une restriction propre à la clause compromissoire en consacrant le principe d'inopposabilité de la clause d'arbitrage à la partie n'ayant pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle. Ainsi, pour étudier ces éléments en détail, nous examinerons dans un premier temps les conditions de validité de la convention d'arbitrage tirées de l'arbitrabilité des litiges (A), pour ensuite réfléchir sur la validité de la clause d'arbitrage tirée du principe du cantonnement de la clause d'arbitrage au cadre de l'activité professionnelle (B). Tous ces éléments seront bien évidemment analysés à la fois en matière interne et internationale.

A. Les conditions de validité tirées de l'arbitrabilité des litiges

822. L'inarbitrabilité d'un litige remet directement en cause la validité de la convention d'arbitrage¹²¹⁶ ; un litige qui ne saurait être résolu par la justice privée, mais plutôt par des juridictions d'ordre judiciaire, traduit le fait que la question

¹²¹⁴ V. Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 219, p. 164.

¹²¹⁵ Certains auteurs - Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 533 et 537, p. 329 et 331 -, abordent la question des litiges qui concernent l'État et les personnes morales de droit public sous l'angle de l'arbitrabilité subjective et non pas sous l'angle de la capacité à compromettre, car selon eux l'État a, par nature, la pleine capacité juridique. En revanche, pour un auteur : « *La seule et véritable arbitrabilité est celle dite objective (...). L'arbitrabilité subjective est un abus de langage et recouvre une autre notion, qui peut résider soit en une règle de capacité, soit en une règle matérielle relative à l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre* », in, Charles JARROSSON, *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*, *RJ. com.*, 1996, p. 1 et 2). En ce qui nous concerne et pour le besoin de l'organisation de notre plan, nous maintenons la terminologie « *arbitrabilité subjective* ».

¹²¹⁶ V. En ce sens, Bernard HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, *Collected Courses of the Hague Academy of international Law*, Brill, n° 10 ; Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 101, p. 128.

litigieuse relève des matières qui intéressent l'ordre public. Dans cette perspective, bien que le champ de l'arbitrabilité ne cesse de s'élargir en raison de la *favor arbitrandum*, il y a toutefois des litiges qui ne relèvent pas de la compétence du tribunal arbitral — ceux qu'on appelle les litiges objectivement inarbitrables (1) — et des personnes morales de droit public pour lesquelles l'arbitrage est restreint : l'arbitrabilité subjective (2).

1. *L'arbitrabilité objective*

823. L'admissibilité des litiges devant l'arbitre. Avant d'illustrer quelques applications de l'arbitrabilité objective, il est de prime abord important d'en identifier les critères. Ces derniers permettent de déterminer si le litige est arbitrable et si les arbitres sont compétents pour en connaître la matière, car s'ils poursuivent malgré tout leur mission, la sentence rendue sera soit susceptible d'annulation, soit se verra refuser l'exéquatur.

824. En matière interne, définir le champ des litiges arbitrables n'est pas chose aisée. Nous pensons, avec M. JARROSSON, que : « *l'arbitrabilité est une question abstraite, délicate, mal cernée, fuyante, et qui suscite un certain nombre de malentendus, voire de contresens* »¹²¹⁷. Le Code civil ne dispose pas de textes suffisamment clairs pour trancher définitivement la question de l'arbitrabilité objective. Les seuls textes qui existent, à savoir l'article 2059 et 2060 du Code civil, auxquels nous rajoutons l'article 2061 que nous verrons plus tard, sont jugés ambigus, inadaptés et leur interprétation est délicate. L'article 2059 du Code civil précise que : « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». L'article évince donc les juridictions privées de connaître les litiges qui naissent à l'occasion des droits dont on n'a pas la libre disposition. Bien que le critère d'arbitrabilité qu'il retient soit difficile à mettre en œuvre, ce texte ne représente pas un frein ou une limite à l'arbitrage. Cependant, le critère posé par l'alinéa 1 de l'article 2060 du Code civil pose plus de difficultés et de débats. En effet, il y est disposé que : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui*

¹²¹⁷ Charles JARROSSON, « *L'arbitrabilité : présentation méthodologique* », RJ. com., 1996, p. 1.

intéressent l'ordre public ». À la lecture de ce texte, le législateur semble délimiter le champ de l'arbitrage en dressant une liste des contestations qui ne peuvent être soumises à l'arbitre, et plus particulièrement les contestations qui intéressent l'ordre public. La rédaction de cet article est à notre sens défectueuse, car ce qui pourrait intéresser l'ordre public, et donc dicter l'intérêt général reste très « *vaste* » incluant notamment la vie des affaires : secteur de prédilection de l'arbitrage. Fort heureusement que ces textes ont été relayés par une jurisprudence audacieuse qui leur a donné un sens beaucoup plus libéral en réduisant au maximum la portée.

825. Toutefois, quand bien même une lecture combinée des deux articles nous permet de constater qu'ils ne posent pas les mêmes critères d'arbitrabilité, puisque l'un exige la disponibilité des droits et l'autre écarte les litiges qui intéressent l'ordre public, les deux textes se complètent, mais ne se confondent pas comme on pourrait l'imaginer, puisqu'un droit ne serait disponible que lorsque des dispositions d'ordre public en définissent le fond. En d'autres termes, les articles 2059 et 2060 du Code civil définissent un ordre public « *juridictionnel* », ce dernier est rattaché à l'ordre public substantiel applicable au fond, c'est-à-dire aux litiges que les arbitres auront pour mission de trancher¹²¹⁸. Ainsi, on ne définit le domaine de l'arbitrage qu'au regard de la nature des règles applicables au fond du litige.

826. Partant de ce constat, la libre disponibilité des droits, telle qu'énoncée par l'article 2059 du Code civil, est relative et ne s'entend pas seulement au sens propre, c'est-à-dire le pouvoir de disposer de ses droits subjectifs en les cédant ou en y renonçant, mais semble viser plus large en incluant par exemple les droits extrapatrimoniaux qui sont définitivement indisponibles — comme les droits relatifs à l'état et à la capacité —, ou encore les droits garantis par l'ordre public de protection qui sont généralement et temporairement indisponibles — référence faite ici à l'indisponibilité des droits des personnes protégées ou faibles, mais dès lors que la protection ou la faiblesse est levée, les droits deviennent disponibles —. Ils sont également indisponibles les droits qui sont éventuels, mais deviennent disponibles dès lors qu'ils sont nés ou actuels. Ainsi, en définissant plus largement la notion de la libre disponibilité des droits, on se porte sur le terrain des droits indisponibles et plus généralement les matières qui *intéressent l'ordre public*. Et c'est justement ce qu'énonce l'article 2060 du Code civil : l'inarbitrabilité des matières qui intéressent l'ordre public. Prise à la lettre et sans interprétation jurisprudentielle, cette

¹²¹⁸ V. en ce sens Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 24, p. 28.

disposition aurait mis fin à l'arbitrage¹²¹⁹, car l'ordre public est présent et d'usage partout, y compris dans la vie économique, puisqu'on parle depuis bien longtemps de l'ordre public économique. Comment appréhender alors cet article dès lors l'arbitrage est aujourd'hui le mode habituel de résolution des conflits d'ordre économique ?

827. Si l'on assiste aujourd'hui à une extension du champ de l'arbitrabilité, c'est en grande partie grâce à une évolution prétorienne très libérale. Depuis le célèbre arrêt *Tissot*¹²²⁰, la jurisprudence n'a cessé de bâtir un régime favorable à la convention d'arbitrage en refoulant au maximum l'ordre public du domaine de la convention d'arbitrage. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a jugé qu'une clause d'arbitrage ne peut être nulle du seul fait que le contrat principal est *soumis*, à certains égards, à une règle d'ordre public, mais elle l'est lorsque le contrat principal aurait *violé* l'ordre public. Ainsi, l'inarbitrabilité n'est plus fondée sur *l'implication* de l'ordre public au fond du litige, mais sur une *violation* de l'ordre public au fond. Un autre arrêt de la cour d'appel est venu clarifier cette solution en affirmant que : « *S'il est de principe que le compromis est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public, cette règle ne signifie point ni n'a jamais signifié que tout litige relatif à une convention ou opération soumise à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à l'arbitrage ; qu'elle n'a qu'une portée beaucoup plus restreinte et n'emporte nullité du compromis que si l'opération ou convention litigieuse à laquelle il a trait se trouve être illicite et frappée d'invalidité comme ayant effectivement contrevenu à un règlement d'ordre public* »¹²²¹.

828. L'apport de ces deux arrêts est très intéressant puisqu'ils viennent à la fois confirmer le principe de compétence-compétence¹²²² et viennent étendre et ouvrir le champ de l'arbitrabilité. Il faut rappeler qu'avant l'arrêt *Tissot*, les arbitres étaient automatiquement dessaisis lorsque le litige concernait une question d'ordre public. Depuis, l'arbitre peut examiner le fond du litige et déclarer si une règle d'ordre public est violée ou pas. Si l'arbitre constate que l'ordre public est enfreint, il ne peut aller plus loin et doit se déclarer incompétent¹²²³. Mais les acquis de l'arrêt *Tissot* avaient

¹²¹⁹ Un auteur parle de « *tuer l'arbitrage* » (Ernst MEZGER, « *L'arbitrage international et l'ordre public* », *RTD com.*, 1948, p. 611), cité par Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 224, p. 166.

¹²²⁰ Cass. com., 29 nov. 1950, *JCP* 1951, IV, p. 5 ; S. 1951, I, p. 120 *note* ROBERT ; *RTD com.*, 1951, p. 275, *obs.* BOITAUD ; *RTD civ.*, 1951, p. 106, *obs.* HÉBRAUD et RAYNAUD ; *D.* 1951, p. 170.

¹²²¹ CA Paris, 15 juin 1956, *Rev. arb.*, 1956, p. 97 ; *D.* 1957, p. 587, *note* ROBERT ; S. 1956, p. 24 ; *JCP* 1956, II, p. 9219, *note* MOTULSKY ; *Gaz. Pal.* 1956, II, p. 123.

¹²²² Nous pensons que cet arrêt fait partie des premiers arrêts ayant participé à l'entérinement du principe de compétence-compétence avec l'arrêt Cass. com., 22 févr. 1949, (*Caulliez*), *JCP* 1949, II, p. 4899.

¹²²³ L'une des critiques apportées à de cette décision c'est qu'elle n'a pas été plus loin jusqu'à par exemple autoriser l'arbitre à prononcer des sanctions. En effet, à quoi bon constater l'illicéité d'un contrat pour cause de violation

un goût d'inachevé. L'évolution ne s'est pas arrêtée là puisque d'autres décisions vont aller encore plus loin en permettant à l'arbitre non seulement d'examiner le fond du litige en cas de violation de l'ordre public, mais également en lui reconnaissant la possibilité de prononcer des sanctions sous le contrôle du juge¹²²⁴.

829. En matière internationale, la solution est presque identique à celle retenue en matière interne. La jurisprudence a posé également une limite à l'arbitrabilité en visant *les matières qui intéressent au plus près l'ordre public international*¹²²⁵. Le seul critère de l'arbitrabilité des litiges en matière internationale est celui de l'ordre public international. En revanche, le critère de la libre disponibilité des droits n'est explicitement pas pris en considération, car, comme on l'a déjà évoqué, recourir à l'arbitrage n'est plus considéré en matière internationale comme un acte de disposition, mais une gestion courante, et cela, en raison de l'affirmation de l'arbitrage, depuis quelques années, comme mode habituel de résolution des conflits internationaux. Comment déterminer les lois applicables à l'arbitrabilité des litiges ? Vu l'abandon de la méthode conflictualiste, c'est aux règles matérielles de résoudre les questions d'arbitrabilité. Ainsi, en matière internationale, le principe de validité de la convention d'arbitrage commande à ce que les litiges soient, de principe, arbitrables sauf si l'ordre public international est violé.

830. Avant de conclure, il est intéressant de donner quelques applications et illustrations de ce qui est arbitrable et de ce qui ne l'est pas. De manière générale, que la matière soit internationale ou interne, c'est le principe de la *favor arbitrandum* qui est souvent mis en avant. Prenons par exemple le droit de la concurrence. Dans cette matière, bien que l'ordre public soit primordial, voire même cardinal dans certains droits étrangers — notamment le droit antitrust anglo-saxon —, puisqu'il est garant du bon fonctionnement du marché économique et un moyen de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, il a été jugé que la violation d'une règle de droit communautaire de la concurrence, formellement reconnue en France, n'écarte pas la compétence de l'arbitre, mais lui donne au contraire le pouvoir de prononcer des sanctions civiles contre cette atteinte en déclarant l'annulation du contrat et

de l'ordre public si l'on n'est pas en mesure de prononcer des sanctions. V. en ce sens : Pierre MAYER, *Le contrat illicite*, *Rev. arb.*, 1984, p. 210 et s.

¹²²⁴ Cette solution a été d'abord admise en matière internationale dans l'arrêt *Ganz et Labinal* : CA Paris, 29 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note IDOT et CA Paris, 19 mai 1993, *RTD com.*, 1993, p. 492, note DUBARRY et LOQUIN ; *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note JARROSSON. Puis elle s'est étendue à l'arbitrage interne dans l'arrêt : Cass. com., 9 avr. 2002, D. 2003, p. 117, note DEGOS ; *Rev. arb.*, 2003, p. 103, note DIDIER ; *RTD com.*, 2003, p. 62, obs. LOQUIN ; CA Paris, 20 mars 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 341

¹²²⁵ CA Paris, 29 mars 1991, *Ganz*, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note IDOT.

éventuellement des dommages et intérêts¹²²⁶, mais il ne peut prononcer des amendes ou injonctions. Une pareille faveur a été également reconnue dans les années 80 par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Mitsubishi versus Soler*¹²²⁷. En droit des sociétés, l'extension du champ de l'arbitrabilité est aussi admise. À ce titre, a été jugé arbitrables : les litiges qui portent directement sur des questions d'ordre public, telles que l'exclusion d'un associé¹²²⁸, la révocation d'un dirigeant¹²²⁹, la dissolution d'une société¹²³⁰, ou encore statuer sur une clause léonine¹²³¹. *Idem*, l'arbitrabilité est de principe en droit du transport ou encore en droit des propriétés intellectuelles, avec toutefois quelques nuances en droit des entreprises en difficulté¹²³².

831. En revanche, il y a des matières dans lesquelles le litige ne peut pas être soumis à l'arbitrage. On pense au droit de la famille, qui regorge de droits indisponibles — comme les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, au divorce et séparation de corps, ou à l'établissement de la filiation, etc. —, au droit pénal qui est le noyau dur de ce qui est inhabitable par nature¹²³³, ou encore le droit fiscal sur le contentieux duquel seuls les tribunaux administratifs sont compétents.

832. En résumé, il existe un fossé entre ce qui est annoncé par les textes et de ce qui est admis par la jurisprudence. Et ce fossé ne cesse de se creuser ; à examiner les matières, certains auteurs parlent même de *prétendus* critères d'arbitrabilité, certainement en raison d'une politique offensive de la *favor arbitrandum*. Désormais, le principe est celui de l'arbitrabilité de principe, sauf exception de violation de l'ordre public. Pour être clair, le seul fait que le litige intéresse l'ordre public ne rend pas *ipso facto* le litige inarbitrable. Ainsi, si l'évolution touche l'arbitrabilité objective, qu'en est-il de l'arbitrabilité subjective ? L'étude de cette dernière démontrera qu'elle a connu également de multiples avancées.

2. L'arbitrabilité subjective

¹²²⁶ CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *RTD com.*, 1993, p. 492, note DUBARRY et LOQUIN ; *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note JARROSSON

¹²²⁷ Cour suprême des États-Unis, 2 juin 1985, (*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*), 105, S. Ct 3346 (1985) ; 473 U.S. 614 (1985) ; *YCA*, 1986, p. 555 ; *Rev. arb.*, 1986, p. 273.

¹²²⁸ CA Paris, 6 janv. 1984, *Rev. arb.*, 1985, p. 279.

¹²²⁹ CA Paris, 24 nov. 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 224, note FOUCHARD.

¹²³⁰ Cass. com., 30 janv. 1967, *Rev. arb.*, 1967, p. 92 ; *RTD com.*, 1967, p. 483, obs. BOITARD ; CA Paris, 22 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 652, obs. COHEN.

¹²³¹ CA Paris, 9 juin 1983, *Rev. arb.*, 1984, p. 497, note VASSEUR.

¹²³² Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 236, p. 179 et s.

¹²³³ *Ibid.*, n° 239, p. 183.

833. L'arbitrabilité subjective ou la restriction de recourir à l'arbitrage pour l'État et les personnes morales de droit public. Les personnes morales de droit public, au premier chef l'État lui-même, peuvent-ils être jugés par une personne privée ? La réponse à cette question a fait l'objet de solutions diverses et nuancées. En effet, bien que l'État et les personnes morales de droit public soient en charge de l'intérêt général, ce qui laisse à penser que les litiges les concernant sont inarbitrables et seules les juridictions étatiques sont compétentes à les connaître, ils sont toutefois des opérateurs majeurs du commerce international et un partenaire du secteur privé avec lequel des relations commerciales internes sont souvent nouées. Là encore, il est essentiel de distinguer entre les règles de l'arbitrage interne souvent plus restrictives et celles du droit de l'arbitrage international beaucoup plus libérales. Si la position du droit interne est, en principe, celle de l'interdiction de l'arbitrage à l'État et aux personnes morales de droit public, ce critère d'inarbitrabilité est rejeté par la règle matérielle et donc en matière internationale.

834. En matière interne, l'interdiction est prévue par l'alinéa 1 de l'article 2060 du Code civil. Dans cet article, il y est mentionné que : « *On ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics [...]* ». Selon cet article, la résolution des litiges qui concernent l'État, les collectivités territoriales, ou les établissements publics ne peut, en principe, être soustraite aux juridictions nationales, spécialement administratives, pour être soumise à l'arbitrage. Une prohibition qui est ancienne, puisque dès sa rédaction en 1806, le CPC prévoyait déjà dans son article 1004 que : « *On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public* ». Ces contestations communicables étaient énumérées à l'article 83 du même Code et parmi lesquelles se trouvaient les causes concernant « *L'ordre public, l'État, le domaine, les communes, établissements publics* ». Ensuite, avant que la loi du 5 juillet 1972 n'inscrive cette prohibition à l'article 2060 du Code civil, la jurisprudence a eu l'occasion de confirmer, notamment dans l'arrêt *Galakis*¹²³⁴, l'inaptitude à compromettre des personnes morales de droit public au regard des anciens articles 1004 et 83 de l'ancien CPC. Le Conseil d'État, dans un avis rendu en 1986, a

¹²³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, n° 12.255, (*Trésor public c./Galakis*), *Bull. civ.*, I, 1966, n° 256 ; *RCDIP*, 1967, p. 553, *note GOLDMAN* ; *JDI* 1966, p. 648, *note LEVEL* ; *D.* 1966, p. 575, *note ROBERT, ANCEL et LEQUETTE*.

même fait de cette prohibition l'un « *des principes généraux du droit public français* »¹²³⁵ et est allé jusqu'à l'étendre récemment aux contrats de travaux publics conclus entre deux personnes privées, au motif que le contentieux en question était de nature administrative¹²³⁶.

835. Mais cette position est fort heureusement atténuée par certaines exceptions. L'une de ces exceptions figure à l'alinéa second de l'article 2060 du Code civil stipulant que : « *Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre* ». Parmi les autorisations de compromettre, données dans un premier temps par voie de loi et dans les années 2000 par voie de décret, on peut à titre d'exemple citer l'autorisation la plus ancienne découlant de la loi du 17 avril 1906 — ancien article 128 du Code des marchés publics abrogé par l'ordonnance du 23 juillet 2015 — qui a permis le recours à l'arbitrage dans le cadre des marchés publics et de fournitures ; ou encore la dérogation au profit de la SNCF donnée par l'alinéa 1 de l'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982¹²³⁷ — aujourd'hui, articles L2102-6, L2111-14 et L2141-5 du Code des transports —. On peut citer également l'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990¹²³⁸ autorisant La Poste et France Télécom à soumettre leurs litiges à la justice privée ; le décret n° 2002/56 du 8 janvier 2002¹²³⁹ autorisant les établissements publics industriels et commerciaux des secteurs de mines, de l'électricité et du gaz à recourir à l'arbitrage. De même, l'article 10 du décret n° 2012/209 du 13 février 2012 — article L321-4 du Code de la recherche — qui accorde la possibilité aux établissements publics à caractère scientifique et technologique de recourir à l'arbitrage en cas de litiges nés lors de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers après approbation du conseil d'administration.

836. Une autre exception est prévue à l'article L2236-1 du Code de la commande publique qui permet aux parties à un contrat relatif à un marché de partenariat de recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution de ce contrat, avec application de la loi française. Un marché de partenariat — terminologie adoptée depuis l'ordonnance du 23 juillet 2015, car l'ordonnance du 17 juin 2004 parlait de contrat de partenariat — est défini par l'article L1112-1 du

¹²³⁵ CE avis, 6 mars 1986, n° 33.9710, (*Eurodisney*), *EDCE* 1987, n° 38, p. 178 ; *Rev. arb.*, 1992, p. 397. Dans le même sens, CE 29 oct. 2004, *Rev. arb.*, 2005, p. 134, *note* FOUSSARD. Toutefois, cet avis n'a pas de valeur constitutionnelle, mais uniquement législative (Cons. Constit., 2 déc. 2004).

¹²³⁶ CE, 23 déc. 2015, (*Broaland Pacifique c./Administration supérieure des îles Wallis et Futuna*), *Rev. arb.*, 2016, p. 349 ; *D.* 2016, p. 2025, *obs.* BOLLÉE ; *JCP* 2016, 900, n° 5, *obs.* SERAGLINI.

¹²³⁷ JO du 31 décembre 1982, *Rev. arb.*, 1983, p. 365

¹²³⁸ JO du 8 juillet 1990 ; *Rev. arb.*, 1990, p. 945, *note* FOUCHARD.

¹²³⁹ JO 15 janvier 2002 ; *Rev. arb.*, 2002, p. 249.

Code de la commande publique comme étant : « un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser ». En sus, l'article L 2197-6 du Code de la commande publique dispose que : « Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du Code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet ». Une synthèse de ces dérogations est aujourd'hui contenue à l'article L311-6 du Code de la justice administrative¹²⁴⁰.

837. En matière internationale, les solutions de l'arbitrage interne sont rejetées. Dans l'arrêt *Galakis*, venant s'appuyer sur les règles matérielles consacrées trois ans plutôt par l'arrêt *Gosset*¹²⁴¹, la jurisprudence française et après quelques précédentes solutions fondées sur la règle de conflit de lois¹²⁴², avait clairement précisé que la prohibition de compromettre pour l'État et les personnes morales de droit public disposée en droit interne — référence faite ici aux anciens articles 1004 et 83 du CPC — ne s'applique pas aux contrats internationaux « passés pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime »¹²⁴³. Suite à cet arrêt, plusieurs autres arrêts sont venus confirmer cette solution en adoptant une formule plus générale, et non spécifique au seul commerce maritime. En somme, la règle

¹²⁴⁰ « Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par : 1° Les articles L. 2197-6 et L. 2236-1 du code de la commande publique ; 2° L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant dispositions diverses relatives à la réforme de la procédure civile ; 3° L'article L. 321-4 du code de la recherche ; 4° Les articles L. 2102-6, L. 2111-14 et L. 2141-5 du code des transports ; 5° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ; 6° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ; 7° L'article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre ».

¹²⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, préc. cité.

¹²⁴² V. en ce sens : Cass. civ., 19 fév. 1930, (*Mardelé c./Muller et Cie*), JDI 1930, p. 90, note J.P ; RCDIP 1931, p. 514 ; 1930 DH, p. 228 ; S. 1933, p. 41, note NIBOYET ; Cass. civ., 27 jan. 1931, (*Dambricourt c./ Rossard*), RCDIP 1931, p. 514 (2^{ème} espèce), note NIBOYET ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 1964, (*ONIC c./Capitaine d S/S San Carlo*), Bull. civ., I, 1964, n° 188 ; JDI 1965, p. 645, note GOLDMAN ; RCDIP, 1966, p. 68, note BATIFFOL ; D. 1964, p. 637, note ROBERT ; Rev. arb., 1964, p. 82 et 137, note ROBERT.

¹²⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, n° 12. 255, (*Trésor public c./Galakis*), préc. cité.

matérielle couvre quasiment tous les contrats commerciaux internationaux conclus par des personnes morales de droit public.

838. Toutefois, une divergence d'interprétation opposait les juridictions administratives aux juridictions judiciaires quant à l'arbitrabilité des contrats administratifs. En effet, au regard de l'avis émis par le Conseil d'État à l'occasion de l'affaire *Eurodisney land*, que nous avons cité plus haut, la haute juridiction administrative considère que la qualification des contrats administratifs est exclusive de la qualification de contrats internationaux, et partant les contrats administratifs relèvent donc de l'ordre juridique interne ce qui les contraint à la prohibition mentionnée à l'article 2060 du Code civil. Tandis que les juridictions de l'ordre judiciaire qualifiaient d'internationaux les litiges nés à l'occasion d'opérations économiques internationales, et mettant en cause les intérêts du commerce international¹²⁴⁴ et considéraient que la nature administrative des contrats n'a aucune incidence sur la qualification¹²⁴⁵. En raison de cette dualité de qualification des contrats administratifs, le droit français paraissait au regard des autres droits étrangers peu lisible et confus. C'est finalement l'arrêt INSERM du Tribunal des conflits en date du 17 mai 2010, qui va mettre fin à cette divergence. Bien que très critiqué en raison du constat qu'il entérine, à savoir le partage des compétences entre juges judiciaire et administratif, l'arrêt consacre une règle matérielle d'arbitrabilité des contrats administratifs internationaux uniquement pour les seuls contrats administratifs conclus entre une personne morale de droit public française et mettant en jeu les intérêts du commerce international¹²⁴⁶. Ainsi, le contrat administratif est

¹²⁴⁴ CA Paris, 13 juin 1996, (*Kuwait Foreign Trading company*), *JDI* 1996, p. 151, note LOQUIN.

¹²⁴⁵ CA Paris, 15 juin 2006, (*gouvernement de la République de Djibouti*), *Rev. arb.*, 2006, p. 864. V. également plus récent : CA Paris, 14 avril 2015, *Rev. arb.*, 2016, p. 556, note IDOT.

¹²⁴⁶ T. conf., 17 mai 2010, (*INSERM c./Fondation LETTEN*), *JCP G* 2010, I, p. 644, n° 5, obs. ORTSCHIEDT ; *RTD com.*, 2010, p. 525, obs. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2010, p. 275, concl. du commissaire GUYOMAR. En l'espèce de cette affaire : un litige est né suite à un protocole d'accord signé par l'Institut de recherche français INSERM et une Fondation norvégienne pour la réalisation d'un projet de construction d'un pôle de recherche en neurobiologie. Ce litige a donné lieu à une sentence arbitrale et qui a reçu un exéquatur en France. L'INSERM a alors formé un recours en annulation contre cette sentence en invoquant le caractère administratif de cet accord. La cour d'appel de Paris (CA Paris, 13 nov. 2008) a confirmé l'exéquatur en rappelant que : « La prohibition pour un État de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne sous réserve de disposition législative contraire, mais qu'au vu du principe de validité de la clause d'arbitrage international, cette prohibition n'est pas d'ordre public international ». L'affaire a été donc renvoyée devant le Tribunal des conflits qui a décidé que : « Le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public français et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du CPC, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celle qui régit la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariats et aux contrats de délégation de service public. Ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ».

international en raison des intérêts du commerce international qu'il met en jeu et non en raison du caractère commercial du contrat¹²⁴⁷. Conformément à ces apports, cet arrêt est implicitement une extension de la jurisprudence *Galakis*.

839. En guise de conclusion, que l'on soit dans le cadre de l'arbitrabilité objective ou subjective, il semble que les solutions libérales ne cessent de gagner du terrain, certainement en raison de la politique de la *favor arbitrandum*. Qu'en est-il alors de cette liberté lorsque la clause d'arbitrage est conclue dans un cadre autre que celui de l'activité professionnelle ?

B. *Le principe du cantonnement de la clause d'arbitrage au cadre de l'activité professionnelle : une exigence révolue ?*

840. **De la prohibition de la clause d'arbitrage à « la clause compromissaire pour tous »**¹²⁴⁸. Avant que le législateur de 2016 n'inscrive définitivement à l'alinéa 2 de l'article 2061 du Code civil la formule suivante : « *Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* », ce texte ainsi que le principe qu'il comporte, à savoir le cantonnement de la clause d'arbitrage au cadre de l'activité professionnelle, a connu une évolution très mouvementée, et cela, en trois étapes essentielles. D'abord, profitant d'une époque révolutionnaire très favorable à l'arbitrage, la clause compromissaire, née de pratiques contractuelles, ne se voyait reconnaître le rang du compromis, qui fut réglementé aux anciens articles 1003 et suivant du CPC, alors qu'aucune mention ne fut réservée à la clause compromissaire. Cette absence de réglementation s'explique pour la simple raison que la clause d'arbitrage était considérée comme un contrat *innommé*, puisqu'envisagée comme une promesse de passer un compromis en prévision d'un futur procès¹²⁴⁹, alors que le compromis était un contrat *nommé* puisque le litige qu'il est censé résoudre est connu d'avance. Durant cette période de la moitié du XIXe siècle, la clause d'arbitrage ne posait pas de difficultés particulières et la plupart des juridictions se prononçaient en faveur de sa validité. Cependant, le courant jurisprudentiel n'était pas tout à fait unanime sur la question de la validité

¹²⁴⁷ Cf. Ismail SELIM, « *Les règles matérielles adaptées aux besoins de l'arbitrage du commerce international* », in, Droit sans frontières, méf. Éric LOQUIN, LexisNexis Litec, 2019, p. 318.

¹²⁴⁸ Magali BOUCARON-NARDETTO, « *La réforme de l'article 2061 du Code civil français* », *Arbitrage*, vol. X, n° 1, 2017, pp. 109 -129, spéc. n° 31, p. 121.

¹²⁴⁹ V. Ibrahim FADLALLAH et Dominique HASCHER, *op. cit.*, n° 3 et 4, p. 5.

de la clause compromissoire. En effet et après quelques prémices hostiles à la clause d'arbitrage¹²⁵⁰, la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Prunier* du 10 juillet 1843 va marquer le droit positif français, puisque la clause d'arbitrage sera prohibée pour les quatre-vingts ans suivant cette décision.

841. Ensuite, il a fallu attendre la loi du 31 décembre 1925 pour que la clause d'arbitrage soit rétablie en matière commerciale interne — ancien article 631 du Code de commerce ; aujourd'hui L.721-3 — et deux décisions majeures qui vont confirmer la validité de la clause d'arbitrage international en affirmant dans les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* que les contrats mettant en jeu le commerce international ne sont pas concernés par la nullité édictée par l'article 1006 du CPC¹²⁵¹. Ce qui signifie que la validité de la clause compromissoire internationale devait être soumise aux règles de l'ordre public international. Cependant, la méfiance ne s'est pas totalement estompée, puisqu'avec la loi du 5 juillet 1972, le législateur a réintroduit les solutions de l'arrêt *Prunier* dans l'article 2061 du Code civil en disposant que : « *La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi* ». Bien que le décret du 14 mai 1980 ait abrogé les anciens articles 1005 à 1028 du CPC et ait consacré pas moins de 5 articles à la validité de la clause compromissoire, l'essor de la clause d'arbitrage est resté malgré tout entravé, surtout en matière interne, en raison de la prohibition de principe qui figurait à l'article 2061 du Code civil. Une prohibition qui va finalement être écartée par la loi du 15 mai 2001 dite NRE — nouvelles réglementations économiques —. Cette loi modifie l'article 2061 du Code civil qui dispose désormais : « *sous réserve de dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

842. L'intérêt de ce rappel historique permet de comprendre comment la clause d'arbitrage est passée de la phase de *prohibition* totale à la phase intermédiaire d'*invalidité*, lorsque celle-ci n'est pas conclue à raison d'activité professionnelle, pour arriver enfin à la phase actuelle qui est l'*inopposabilité* de la clause d'arbitrage à la partie n'ayant pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle.

843. En matière interne, les termes de l'alinéa second de l'article 2061 sont très clairs : la personne n'ayant pas conclu la clause compromissoire dans le cadre de son activité professionnelle, la clause d'arbitrage lui sera inopposable. Le législateur ne

¹²⁵⁰ V. en ce sens : T. Limoges, 5 janv. 1839 ; *Rép. Dalloz*, 1846, *Arbitrage : arbitre*, chap. 7, art. 3, n° 454, p. 505 : « *nul ne peut valablement s'interdire d'une manière absolue l'exercice du droit commun, le recours aux tribunaux et l'invocation des lois du pays* ». Cité par : *Ibid.*, n° 4, p. 6.

¹²⁵¹ Arrêts *Mardelé* et *Dambricourt*, *préc. cités*.

raisonne plus en termes de validité/invalidité, mais d'opposabilité/inopposabilité, ou autrement dit d'efficacité/inefficacité. Certains auteurs¹²⁵² pensent que le but affiché derrière ce changement de paradigme est d'étendre le champ d'application de la clause d'arbitrage aux contrats civils ou aux rapports impliquant des particuliers, ce qui a été d'ailleurs confirmé par le législateur par un amendement du gouvernement présenté par M. Urvoas le 30 avril 2016¹²⁵³. Quoi qu'il en soit, depuis 2016, la clause d'arbitrage n'est plus soumise au critère de validité tiré de « *l'activité professionnelle* », mais aux conditions de validité prévues par les règles de droit commun ainsi que celles posées aux articles 2059 et 2060 du Code civil, c'est-à-dire soumettre la validité de la clause d'arbitrage aux critères d'arbitrabilité objective et subjective. Désormais, la partie qui n'a pas conclu la clause d'arbitrage dans le cadre d'une activité professionnelle a le choix de saisir l'arbitre ou les juridictions étatiques ; elle ne peut de toute façon être contrainte à l'arbitrage. On pense au cas du consommateur qui aurait conclu un contrat contenant une clause avec un professionnel. Selon les dispositions de l'ancien article L.132-1, du Code de la consommation, les clauses d'arbitrages insérées dans de tels contrats sont présumées abusives, à moins que le professionnel n'apporte la preuve contraire. Or, l'alinéa 2 de l'article 2061 du Code civil est à la fois protecteur du consommateur et favorable à l'arbitrage. On est donc passé d'une nullité relative de la clause d'arbitrage, à une inopposabilité, mais ce qui est un point commun aux deux situations, c'est que la partie n'ayant pas conclu dans le cadre professionnel avait/a le choix d'invoquer ou non ce motif jadis de nullité, aujourd'hui d'inopposabilité.

844. En matière internationale, le régime de la clause compromissoire est beaucoup plus simple : « *L'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international* »¹²⁵⁴. Certes, cette jurisprudence a été prononcée au regard de l'ancienne formulation de l'article 2061 du Code civil issue de la loi du 5 juillet 1972, mais même après la réforme du 15 mai 2001 et celle du 18 novembre 2016, l'article 2061 reste inapplicable à l'arbitrage international. Ainsi, toutes les questions relatives au critère de l'activité professionnelle et à son interprétation sont réservées à l'arbitrage interne.

¹²⁵² V. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 129, p. 164 ; Magali BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 28, p. 120.

¹²⁵³ Amendement du Gouvernement, CL159, préconisant que : « (...) *En revanche, l'article 2061 prohibe la clause compromissoire dans les relations entre particuliers. Or elle pourrait être utile, en particulier dans le domaine de l'immobilier. Ainsi on pourrait la concevoir dans un règlement de copropriété, dans un cahier des charges de lotissement, dans une convention d'indivision, dans un pacte d'associés de SCI. On pourrait également la concevoir dans les nouvelles relations économiques entre particuliers par internet, où des modes simplifiés pourraient permettre à moindre coût le règlement des différends* ». Version consultable en ligne : https://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3204/CIION_LOIS/CL159.asp.

¹²⁵⁴ Arrêt Zanzi, *préc. cité*

La clause d'arbitrage international est valable par principe, peu importe la qualité des parties, dès lors que le rapport entre les parties met en cause des intérêts du commerce international — article 1504 du CPC —. C'est ce qui a été d'ailleurs prononcé par la jurisprudence française dans plusieurs affaires dont les plus célèbres figurent l'arrêt *Jaguar*¹²⁵⁵ et *Rado*¹²⁵⁶. En l'espèce du premier arrêt, un consommateur français avait commandé un véhicule auprès de la marque Jaguar. Le contrat contenait une clause d'arbitrage prévoyant un arbitrage à Londres. À la suite d'un litige entre un constructeur et un acheteur, ce dernier saisit les juridictions nationales. Le défendeur invoqua l'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire en raison de l'existence de la clause. La cour d'appel débouta l'acheteur de sa demande en donnant effet à la clause compromissoire. Devant la Cour de cassation, il était question de savoir si une clause compromissoire internationale devait s'appliquer à un consommateur. La Cour de cassation a répondu par l'affirmative et a conclu qu'à partir du moment où le contrat met en cause les intérêts du commerce international, la clause compromissoire est valable, « peu important [...] que l'achat fût destiné à l'usage personnel ». La solution est identique à celle de l'arrêt *Rado*. En effet, la Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel qui a jugé qu'une clause compromissoire internationale contenue dans une convention d'ouverture de compte conclue entre un particulier, Mme *Rado*, et une banque d'investissement basée à New York est valable et devait produire ses effets, et cela, peu importe « que l'une des parties ne fût pas commerçante ».

845. La solution semble aujourd'hui sérieusement remise en cause depuis un récent arrêt dénommé *PWC* en date du 30 septembre 2020¹²⁵⁷. Dans cet arrêt, la Cour de cassation s'est prononcée, à la suite d'un litige relatif à une succession, sur la validité et l'applicabilité de la clause d'arbitrage insérée dans un contrat conclu entre une société de conseil espagnole, appartenant à la société d'avocats *PWC* ayant une activité internationale, et un particulier, Mme *R.*, L'héritière a saisi les juridictions françaises, tandis que la société d'avocats a soulevé l'exception d'incompétence au profit du tribunal arbitral et a demandé que l'examen de la compétence soit réalisé par un tribunal arbitral, d'autant plus que la clause n'est pas manifestement nulle ou

¹²⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n° 95-11.429 et 95-11.427 [2 arrêts], *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note GAILLARD ; *RTD com.*, 1998, p. 330, obs. DUBARRY et LOQUIN ; *RCDIP*, 1998, p.87, note HEUZÉ ; *Dr. et patr.*, 1997, n° 1800, obs. LAROCHE et ROUSSANE ; *RGDP*, 1998, p.156, obs. RIVIER ; *JDI* 1998, p. 969, note POILLOT-PERUZZETTO.

¹²⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *D.* 2004, p. 2458, note NAJJAR ; *D.* 2005. 3050, obs. CLAY ; *RTD com.*, 2004, p. 447, obs. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2005, p. 115, note BOUCONZA ; *JCP* 2005. I. 134, § 3, obs. SERAGLINI.

¹²⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 sept. 2020, FS-P+B, n° 18-19.241.

inapplicable. Devant la cour d'appel de Versailles¹²⁵⁸, l'exception d'incompétence est écartée, la cour a examiné donc la portée de la clause en s'émancipant du principe de compétence-compétence et du principe de l'effet négatif qu'il comporte. Cette dernière se déclare compétente pour trancher le litige et décide que la clause est abusive au motif qu'elle a fait l'objet d'une « *négociation individuelle* » et qu'elle présente un « *caractère standardisé* ». Pour justifier légalement sa décision, la cour d'appel invoque l'article 17C et 18 du règlement de Bruxelles I bis n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, car la société PWC « *dirige ses activités vers plusieurs États, dont la France et l'Espagne, États membres de l'Union européenne, ce qui justifie l'application à l'espèce des dispositions combinées des articles 17c et 18 du règlement de Bruxelles I bis et permet de retenir la compétence d'une juridiction française* ». Un pourvoi a été donc formé devant la Cour de cassation.

846. La première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi et écarté la clause d'arbitrage. Pour motiver sa décision, la haute Cour a commencé par annoncer que : « *La règle procédurale de priorité édictée par ce texte [article 1448 du CPC applicable à la matière internationale en vertu de l'article 1506 du même Code] ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l'exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarde* ». Ce qui écarte avec étonnement le principe de compétence-compétence. Ensuite, elle ajoute : « *que la société PWC ne démontrait pas que la clause standardisée obligeant le client non professionnel à saisir, en cas de différend, une juridiction arbitrale, avait fait l'objet d'une négociation individuelle, a légalement justifié sa décision de ce chef* ». En conséquence, la clause est écartée. Enfin, elle conclut en confirmant la compétence des juridictions françaises, puisque : « *La société d'avocats PWC dirigeait son activité professionnelle au-delà de la sphère territoriale de son barreau de rattachement, en proposant ses services à une clientèle internationale, domiciliée notamment en France, de sorte qu'en sa qualité de consommateur, Mme R., domiciliée en France, pouvait porter son action devant les juridictions françaises, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

847. En conclusion, dans l'état actuel du droit, nous pensons que la décision récente de la Cour de cassation, bien que son interprétation ne soit pas évidente, pourrait s'affirmer comme une nouvelle hypothèse de nullité manifeste de la clause d'arbitrage en matière internationale en présence de contrats de consommation. Il faut dire que cette solution était pressentie par la doctrine, comme le soutenait

¹²⁵⁸ CA Versailles, 15 févr. 2018, n° 17 – 03.779, LPA 2018, n° 135, p. 13, obs. JALICOT.

M. de FONTMICHEL dans sa thèse de doctorat de 2013¹²⁵⁹. Faut-il en déduire que cette solution remplace la jurisprudence *Jaguar et Rado* ? Ce n'est pas en tout cas la lecture que nous en faisons, et cela, pour deux raisons. La première, c'est que l'un des principes sacro-saints de l'arbitrage international a été évincé, à savoir le principe de compétence-compétence, ce qui est très étonnant de la part d'une jurisprudence française très libérale en la matière. La seconde raison, c'est que la jurisprudence aurait pu envisager une autre approche, car le fondement qui justifie cette solution est susceptible d'engendrer d'autres contestations, comme porter atteinte au principe de compétence-compétence par exemple. Aussi, le fait que la jurisprudence décide de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire crée une différence de régime avec le droit interne où le consommateur a le choix de recourir ou non à l'arbitrage. Cela signifie que sur cette question, le droit interne serait beaucoup plus libéral que la matière internationale, ce qui est pour le coup une première.

848. Quoi qu'il en soit, le critère de validité de la convention d'arbitrage tiré de l'activité professionnelle n'est plus retenu, et cela, quelle que soit la matière de la clause d'arbitrage. Le fait de prononcer le terme « *activité professionnelle* » en matière interne permet simplement d'identifier la nature des rapports contractuels entre les parties de sorte que si la clause est conclue entre deux professionnels, les deux parties ne pourront l'ignorer et la clause leur sera donc opposable, alors que si elle est insérée dans un contrat dont les parties ne sont pas toutes professionnelles, la partie non professionnelle aura le choix de recourir à l'arbitrage ou non. Même constat lorsque les deux parties sont des particuliers.

Conclusion de la section I

849. À l'issue de ces développements, nous avons mis en exergue les éléments qui doivent être pris en compte afin que la convention d'arbitrage soit valide et efficace entre les parties. Sans la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage, celle-ci ne pourrait être transmise ni étendue aux tiers, c'est-à-dire être opposable aux tiers. C'est donc à partir de la validité de la convention d'arbitrage que commence le débat sur ce qui permet ou non l'attraction des tiers. Toutefois, bien que la convention

¹²⁵⁹ Maximin DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, préf. Thomas CLAY, Economica, 2013.

d'arbitrage, de par sa validité entre les parties, ouvre la voie à l'attraction, certains paramètres objectifs et subjectifs permettant la justification de son extension demeurent incertains. C'est ce que nous verrons dans les prochains développements.

SECTION II : LA RÈGLE DE L'ATTRACTION RELATIVISÉE : INCERTITUDE DE CERTAINS FONDEMENTS DE L'EXTENSION

850. Parmi les fondements de l'extension admis par la jurisprudence, deux critères sont très discutés par la doctrine et sont souvent présentés comme étant imprécis, inopportuns, voire même incompatibles avec l'arbitrage. Il s'agit en effet des justifications avancées dans le cadre de la notion de groupe (§1), ou celles fondées sur les théories sanctionnant le comportement des tiers (§2). Il n'est pas question ici de remettre en cause ni la théorie de groupe de sociétés ou de contrats ni celles de la fraude ou de l'apparence, qui ont été accueillies favorablement par le droit positif français, mais il est surtout question de pointer du doigt les insuffisances que présente chaque argument pris isolément pour justifier l'attraction. On pense particulièrement à la justification qui consiste à rattacher la notion de groupe de sociétés à la *lex mercatoria* en tant qu'« usage du commerce international » pour fonder l'extension ; ou à la justification impossible selon laquelle seules l'appartenance ou l'existence d'un groupe de sociétés — existence et indivisibilité dans le cas de groupe de contrats — suffiraient à justifier l'extension, ou encore le fait de confondre entre l'extension de la convention d'arbitrage et adhésion à celle-ci. De la même manière, le recours fréquent par la jurisprudence aux théories de la fraude et de l'apparence pour justifier l'extension aux tiers de la convention d'arbitrage dans le but de sanctionner leur comportement soulève également de nombreuses interrogations.

§1 Critique de certaines terminologies et références justifiant l'extension

851. Il s'agit ici de s'interroger d'abord sur la pertinence de certains fondements qui ont été avancés par la doctrine sur les groupes de contrats ou de sociétés (A), avant de se questionner sur l'opportunité de la notion d'adhésion comme fondement de l'extension (B).

A. *Débats autour des fondements avancés dans le cadre de la théorie de groupe*

852. Les discussions, très vives, étaient d'abord relatives aux arguments visiblement insuffisants au fondement de l'extension de la convention d'arbitrage au sein d'un groupe de sociétés (1), mais également autour de certains arguments avancés pour justifier l'extension *rationae personae* au sein d'un groupe de contrats (2).

1. *Incomplétude de certains fondements avancés dans le cadre de groupe de sociétés*

853. Comme on l'a précédemment mentionné, l'utilisation par les arbitres de la notion de groupe de sociétés en tant qu'« usage du commerce international » pour justifier l'extension était, selon certains auteurs, résiduelle¹²⁶⁰, voire même dénuée de sens¹²⁶¹ (a). De la même façon, il est impossible d'affirmer que l'existence d'un groupe ou l'appartenance à celui-ci suffisent à justifier l'extension (b).

a. *La référence faite à la lex mercatoria pour retenir la notion de groupe de sociétés*

854. Les arbitres de l'affaire *Dow Chemical*, qui fut à l'origine de l'extension au sein des groupes de sociétés, se sont référés « aux usages conformes aux besoins du commerce international »¹²⁶² pour retenir la notion de groupe de sociétés pour ensuite la mobiliser comme justification de l'attraction des sociétés non-signataires. M. GOLDMAN disait que la référence aux usages du commerce international « est une allusion directe à la *lex mercatoria* »¹²⁶³. La *lex mercatoria* a été définie par le même auteur comme étant « un ensemble de principes, d'institutions et de règles, puisés à toutes les sources (pluri ou monoétatiques et spontanées) qui ont progressivement alimenté et continuent d'alimenter les structures et le fonctionnement juridiques propres à la collectivité

¹²⁶⁰ V. en sens l'intervention de Pierre MAYER au colloque, « Arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988, p. 499.

¹²⁶¹ V. en ce sens Jalal EL AHDADB, *op. cit.*, n° 948, p. 785.

¹²⁶² Sentence CCI n° 4532, *Rev. arb.*, 1984, p. 137 et s.

¹²⁶³ V. En ce sens, Daniel COHEN, *Arbitrage et société*, *op. cit.*, n° 547, p. 287, l'auteur cite Berthold GOLDMAN, v. s. note n° 115.

des opérateurs du commerce international »¹²⁶⁴. Autrement dit, « la *lex mercatoria* est constituée de principes¹²⁶⁵, d'usages¹²⁶⁶, et sans doute aussi de règles¹²⁶⁷ »¹²⁶⁸.

855. Pour les auteurs en faveur d'une vision plus large du concept, la *lex mercatoria* est un véritable ordre juridique détaché des ordres juridiques étatiques et directement issue des pratiques et usages du commerce international. Pour d'autres, la *lex mercatoria* est avant tout une méthode, particulièrement adaptée à l'arbitrage international¹²⁶⁹. En réalité, dans les deux perspectives, la *lex mercatoria* est aperçue comme un ensemble de règles *anationales* — ou *transnationales* pour les auteurs qui considèrent que l'origine de la *lex mercatoria* n'est pas totalement détachée des ordres juridiques étatiques —. Ainsi, l'arbitre en serait donc le principal interprète et peut naturellement y avoir recours. Se pose alors la question de savoir s'il est possible de soutenir la justification de l'extension qui consiste à recourir à la notion de groupe de sociétés, retenue à partir du concept de la *lex mercatoria* ou plus précisément en tant qu'usage du commerce international.

856. D'abord, le rattachement à *lex mercatoria* des notions juridiques a été, un temps, très débattu au sein de la doctrine. En effet et sans qu'il y ait besoin de rentrer dans la polémique qui entoure le concept, nous soulevons quelques difficultés qui ont été avancées. Les auteurs FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN annonçaient que la *lex mercatoria* ne peut pas constituer un ordre juridique bien établi, mais elle est une simple collection de règles, y recourir conduirait à autoriser le contrat sans loi¹²⁷⁰. En sus, et puisqu'elle serait en partie révélée par les arbitres à partir de l'interprétation qu'ils font du droit comparé, ce qui permet de dégager des règles admises dans la plupart des systèmes juridiques et textes internationaux¹²⁷¹, la *lex mercatoria* serait plus un droit des arbitres qu'un droit des opérateurs du commerce international¹²⁷².

¹²⁶⁴ Berthold GOLDMAN, « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives* », *Clunet* 1979, n° 21, p. 475.

¹²⁶⁵ Les « *principes* » regroupent les directives et commandements de l'ordre juridiques dont ils font partie, et qui sont, selon les cas, soit directement applicables à une situation ou à un acte juridique donné, soit à la source de règles qui gouvernent cette situation ou cet acte.

¹²⁶⁶ Les « *usages* » sont les comportements des opérateurs dans les relations économiques internationales qui, par leur généralisation dans le temps et dans l'espace et par leur application répétée, peuvent accéder au statut de règle impérative.

¹²⁶⁷ Les « *règles* » sont les prescriptions, impératives ou supplétives, concernant des situations ou des actes juridiques concrètement définis.

¹²⁶⁸ Cf. Berthold GOLDMAN, *note sous* Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, *Clunet* 1992, p. 177.

¹²⁶⁹ Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1455 et s., p. 825.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, n° 1443 et s. p. 813.

¹²⁷¹ Cf. Christophe SÉRAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 890, p. 882.

¹²⁷² *Id.*

857. Ensuite, le recours par les arbitres aux règles transnationales peut être aperçu par les parties au litige comme un non-respect de la mission qui leur a été confiée, surtout lorsque les parties choisissent un droit en particulier¹²⁷³.

858. Enfin, M. El AHDAB disait que la référence à la formule « *groupe de sociétés en tant qu'usage de commerce international* » était *maladroite*¹²⁷⁴, *inutile*¹²⁷⁵ et *inopportune*¹²⁷⁶. *Maladroite*, car assimiler « *notion* » et « *usage* » est un non-sens juridique. En effet, d'après cet auteur, la notion de groupe de sociétés est une idée, une construction intellectuelle, nécessairement subjective, aux contours à déterminer, alors que l'usage correspond à une pratique concrète, répétée, précise et objective. *Inutile*, puisqu'il ressort des solutions jurisprudentielles, ayant visé le groupe de sociétés comme règle du commerce international, que c'est la volonté des parties qui est à chaque fois recherchée de manière systématique, mais aussi que les sociétés non-signataires, au nom du processus d'adhésion contractuel, ont manifesté d'une façon ou d'une autre leur volonté d'être partie à la clause. Ce qui veut dire que la règle visée qui se cacherait derrière l'usage de la formule « *usage du commerce international* », est en réalité une règle bien plus traditionnelle, à savoir l'acceptation implicite de la clause par les sociétés non-signataires. Ce constat a été affirmé par la cour d'appel à l'occasion du recours en annulation formulé dans l'affaire *Dow Chemical*. Elle avait retenu que le recours à la formulation n'était qu'*accessoire*, c'est à dire que le rôle et l'usage de la formulation n'étaient que résiduels ; la priorité était en effet dirigée vers une recherche de la volonté des sociétés concernées¹²⁷⁷. *Inopportune*, car, selon le même auteur, le sens et la définition de la notion de groupe de sociétés ne sont en rien propres au domaine du commerce international, dans la mesure où le droit interne, notamment français est enclin à adopter le même sens et définition qui sont, soi-disant, exclusifs au commerce international. Aussi, si par *usage* on désigne une règle propre au domaine du commerce international, l'auteur voit en cette règle une connotation morale, traduisant une défiance à l'égard du cloisonnement des responsabilités au sein d'un groupe. Ce qui est à bannir¹²⁷⁸.

¹²⁷³ V. par exemple, CA Paris, ch. 1^{ère}, C, 31 oct. 1989, (*Société générale c./Groupe Kis*).

¹²⁷⁴ Cf. Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 949, p. 787.

¹²⁷⁵ *Ibid.*, n° 950, p. 788.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, n° 951 et s., p. 788.

¹²⁷⁷ Cf. Intervention de Pierre Mayer et Berthold GOLDMAN, in, colloque : *Clause d'arbitrage et groupe de sociétés*, *op. cit.*, débat, p. 124 et s.

¹²⁷⁸ L'auteur s'est appuyé sur la réflexion de M. Chapelle, *L'arbitrage et les tiers*, 2. *Le droit des personnes morales*, *Rev. arb.*, 1988, p. 484, qui disait « *qu'il faut bannir toute appréciation d'opportunité qui se réclamait d'une morale internationale dont les contours et la teneur seraient d'ailleurs à définir* ».

859. Cependant, la jurisprudence française n'était pas défavorable à l'utilisation de *la lex mercatoria*, la preuve en est que dans plusieurs affaires, au surplus de l'arrêt *Dow Chemical*, les arbitres, et les juges du fond, n'ont démontré aucune méfiance quant à l'utilisation d'un tel concept. Par exemple, lorsque les arbitres se sont référés, dans la célèbre affaire *Société Générale contre Kis*, à la *lex mercatoria* pour retenir la notion de groupe de sociétés afin de justifier l'extension à l'égard de la société *Kis*. Cette dernière, qui a formulé un recours en annulation au motif que les arbitres usant de la *lex mercatoria* n'avaient pas respecté la mission qui leur a été attribuée et qui consistait à trancher les éventuels litiges à naître selon le droit français, a vu ses demandes rejetées par la cour d'appel de Paris parce que l'ancien article 1496 du NCPC — aujourd'hui 1511¹²⁷⁹ — oblige les arbitres à tenir compte des usages du commerce international. La même décision a été admise dans un autre arrêt de la cour d'appel de Pau¹²⁸⁰.

860. Ainsi et de manière générale, l'appel à la *lex mercatoria* n'aurait pas été accepté par toute la doctrine ; certains l'encourageaient, d'autres en reprochaient le caractère, qualifié de dangereux¹²⁸¹, en raison de la différence qui existe entre les droits étatiques. Néanmoins, ces objections butent aujourd'hui sur un constat : les droits étrangers de façon quasi unanime, y compris le droit français, autorisent les arbitres à recourir à la *lex mercatoria* et admettent cette dernière en tant que règle anationale adaptée au commerce international. Toutefois, la plupart de ces droits étrangers interdisent l'utilisation de la *lex mercatoria* à leurs juges étatiques saisis directement des différends nés des contrats relatifs au commerce international¹²⁸².

861. En ce qui nous concerne, nous pensons que le recours qui a été fait à la *lex mercatoria* — en renvoyant aux usages conformes au besoin du commerce international, pour retenir une notion au groupe de sociétés en vue de justifier l'extension compromissoire — n'était en réalité qu'une référence subtile, parmi d'autres arguments, pour asseoir ce qui fonde véritablement l'extension, à savoir l'implication au contrat litigieux et la connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage qui y figure. Le réel fondement serait donc contractuel. Sur ce point, nous rejoignons l'analyse de M. MAYER¹²⁸³. Qu'en est-il à présent de l'argument qui tente

¹²⁷⁹ « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce »

¹²⁸⁰ CA Pau, 26 nov. 1986, *Rev. arb.*, 1988, p. 153, note CHAPELLE.

¹²⁸¹ V. en particulier les interventions de M. Pierre MAYER aux débats aux colloques, *L'arbitrage et les tiers, préc.*, p. 499 et *Clause d'arbitrage et groupe de sociétés, préc.*, p. 124 et s.

¹²⁸² Cf. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 891, p. 882.

¹²⁸³ V. Intervention Pierre MAYER, *Clause d'arbitrage et groupe de sociétés, préc.*, p. 124 et s.

de justifier l'attraction par la seule appartenance au groupe de sociétés ou à l'existence de celui-ci ?

b. *L'existence ou l'appartenance à un groupe de sociétés sont-elles suffisantes à justifier l'extension ?*

862. M. FADLALLAH disait que : « *L'appartenance à un même groupe n'est jamais, à elle seule, suffisante [à l'extension]* »¹²⁸⁴. De même, l'existence du groupe de sociétés ou de l'unité économique qui caractérise les sociétés qui le forment n'ont jamais été admises de façon isolée comme fondement de l'extension¹²⁸⁵. Pourtant, il est tout à fait possible¹²⁸⁶ de glisser vers une telle solution, puisque la notion de groupe de sociétés est aujourd'hui admise quasiment par tous les droits étrangers ; son existence se prouve facilement et le lien économique qui unit ses membres s'identifie aisément. À tel point que M. DERAÏNS est allé jusqu'à dégager une règle matérielle qui annoncerait une présomption fondée sur une acceptation tacite de la convention d'arbitrage par la société tierce membre du groupe du simple fait de l'existence des liens institutionnels caractérisant le groupe de sociétés¹²⁸⁷.

863. Cependant, qu'il s'agisse de l'appartenance, de l'existence ou du lien économique, quasiment toutes les décisions que nous avons examinées, et qui ont été rendues en faveur de l'extension compromissoire au sein d'un groupe de sociétés, *adjoignent* à ses notions le rôle qu'aurait joué la société non-signataire dans l'affaire concernée — implication dans le contrat litigieux —, et suivant la connaissance qu'elle a eue de l'existence de la convention d'arbitrage — présomption d'acceptation tacite —. Nous pensons, avec M. JARROSSON¹²⁸⁸ et M. FADLALLAH¹²⁸⁹, que l'appartenance à un groupe et l'existence de celui-ci ne sont que des indices parmi d'autres, qu'il ne faut bien évidemment pas négliger. Ces indices ne viennent que pour caractériser le groupe de sociétés, mais ne peuvent présumer l'acceptation tacite

¹²⁸⁴ Cf. Ibrahim FADLALLAH, *Clause d'arbitrage et groupe de sociétés, préc.*, n° 32, p. 114.

¹²⁸⁵ V. d'une manière générale, Daniel COHEN, *op. cit.*, n° 551, p. 288. Et d'une façon particulière en ce qui concerne l'unité économique : CA Paris, Pôle 5 ch. 5^{ème}, 10 juin 2021, n° 20. 07754. La cour rappelle que : « *L'unité économique entre plusieurs sociétés permet d'étendre la clause d'arbitrage aux entités du groupe non-signataires dès lors qu'elles ont pris part à la conclusion, l'exécution ou la résolution du contrat* ».

¹²⁸⁶ *Id.*

¹²⁸⁷ Yves DERAÏNS, *obs.*, *Clunet*, 1975, p. 984, V. *Ibid.* n° 551, p. 289.

¹²⁸⁸ V. l'intervention de Charles JARROSSON, *in*, « *L'arbitrage et les tiers* », *op. cit.*, p. 498. L'auteur disait que l'existence d'un groupe de sociétés n'est pas suffisante à fonder la présomption d'acceptation, et donc justifier l'extension, mais on doit quand même y voir un *indice*.

¹²⁸⁹ Cf. Ibrahim FADLALLAH, *op. cit.*, n° 32, p. 114 et s.

des parties tierces à l'arbitrage prévu par les parties, et ne peuvent par conséquent justifier son opposabilité. M. FADLALLAH explique suffisamment cette idée en disant que : « (...) le groupe n'est pas considéré par lui-même comme un principe d'intégration entraînant de plein droit la transparence en son sein. L'existence du groupe — non contestée — est utilisée comme un indice — un signal de déclenchement — ou un terrain sur lequel se développent des considérations sur le rôle des parties dans les relations contractuelles. L'existence du groupe atteste de l'unité d'intérêts, de la connaissance des divers documents contractuels, de l'indifférence du tiers à son organisation interne ou de sa croyance légitime qu'il traite avec tout un groupe »¹²⁹⁰.

864. Quant à la jurisprudence, celle-ci n'a jamais été convaincue de la suffisance de ces deux indices dans la justification de l'extension. D'ailleurs, c'est ce qui a été décidé, par exemple, dans l'affaire CCI n° 5721 que nous avons déjà évoquée plus haut : « L'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social »¹²⁹¹. Que penser maintenant des fondements avancés pour étendre *rationae personae* la convention d'arbitrage au sein d'un groupe de contrats ?

2. Incertitude de certains fondements de l'extension *rationae personae* dans le cadre des groupes de contrats

865. L'extension *rationae personae* de la clause d'arbitrage se trouve infondée si l'on prend en compte isolément la notion d'indivisibilité contractuelle, qui caractérise les ensembles contractuels (a), ou la formule d'ordre général, régulièrement employée par la jurisprudence, qui consiste à doter la convention d'arbitrage d'une « *validité et efficacité propre* » pour justifier son extension au sein d'un groupe de contrats (b).

a. L'insuffisance de la notion d'indivisibilité contractuelle

¹²⁹⁰ *Id.*

¹²⁹¹ Sentence CCI n° 5721, 1990, JDI 1990, p. 1024. Cf. *supra* n° 693 et s.

866. L'indivisibilité ou l'interdépendance contractuelle qui caractérise les conventions d'un ensemble contractuel est l'un des fondements, au surplus de la volonté des parties, de l'extension *rationae materiae* de la convention d'arbitrage au sein d'un groupe de contrats. De manière générale, l'extension *rationae materiae* opère du contrat principal, contenant une convention d'arbitrage, vers les contrats secondaires qui sont des moyens de sa réalisation et qui ne contiennent pas de clause d'arbitrage. Ces derniers, gravitant autour, participent à l'exécution de tout ou partie du contrat base ; ils sont donc en relation permanente avec lui et doivent se rapporter aux droits et aux obligations qui en sont issus, car il est à l'origine de leur objet¹²⁹². Ainsi, l'indivisibilité, ciment de l'ensemble contractuel et critère de l'extension *rationae materiae*, fait l'objet d'une solution relativement bien assise en jurisprudence¹²⁹³.

867. Se pose alors la question de savoir si le même raisonnement, utilisé dans un ensemble contractuel bipartite, pourrait être transposé à l'extension *rationae personae* au sein d'un ensemble contractuel multipartite. En d'autres termes, est-il concevable de se prévaloir de la notion d'indivisibilité comme motif d'attraction d'une tierce personne appartenant à un ensemble contractuel pluripartite ? Ou encore, peut-on étendre *rationae materiae* une convention d'arbitrage aux contrats de l'ensemble multipartite, se trouvant dans une situation d'indivisibilité, pour pouvoir ensuite attirer une tierce personne aux effets de la convention d'arbitrage — l'idée ici est d'étendre *rationae materiae* la convention d'arbitrage pour arriver à une extension *rationae personae* — ?

868. Précisons tout d'abord que quand bien même l'indivisibilité serait un fondement de l'extension *rationae materiae* au sein d'un ensemble contractuel bipartite, elle n'est jamais admise à elle seule comme fondement de l'extension *rationae materiae*, car toujours combinée avec la volonté des parties. Il est vrai que certains auteurs, notamment M. TRAIN, approuvent l'idée que l'indivisibilité pourrait être à elle seule le *fondement de la compétence globale et un vecteur de l'extension*, parce qu'« il faut admettre que là où les contrats sont unis par un rapport de dépendance bilatérale, l'extension peut également être bilatérale. (...) En présence d'un ensemble indivisible, que la clause d'arbitrage contenue dans l'un des contrats s'applique à l'ensemble et, par conséquent, à chacun de ses éléments »¹²⁹⁴. Cette opinion est toutefois minoritaire et ne convainc pas

¹²⁹² V. en ce sens : François-Xavier TRAIN, *Les contrats liés devant...*, op. cit., n° 399 et s., p. 246 et s.

¹²⁹³ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, op. cit., n° 194, p. 241 et n° 714, p. 696.

¹²⁹⁴ François-Xavier TRAIN, *Les contrats liés devant...*, op. cit., n° 93, p. 65.

toute la doctrine¹²⁹⁵. En effet, à l'instar de l'appartenance ou l'existence pour les groupes de sociétés, l'indivisibilité contractuelle ne saurait à elle seule justifier l'extension *rationae materiae* de la convention d'arbitrage au sein d'un ensemble contractuel. Là encore, l'indivisibilité n'est qu'un moyen pour justifier de l'existence d'un ensemble formant un bloc contractuel¹²⁹⁶, et pour vérifier si ce bloc présente les liens d'indissociabilité et d'interdépendance qui caractérisent les contrats qui le forment ; elle permet aussi de cerner les seuls liens entre obligations¹²⁹⁷ et de différencier un ensemble contractuel des autres groupements de contrats. De cette façon, et dès lors qu'elle permet cette identification, l'indivisibilité contractuelle se greffe à la volonté des parties pour fonder l'extension *rationae materiae*. Toutefois, et puisqu'on est dans un ensemble contractuel bipartite dans lequel la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage est donnée expressément pour le contrat de base contenant la clause d'arbitrage, et présumée tacite pour les contrats secondaires, l'indivisibilité pourrait ainsi apparaître comme étant un fondement à part entière de l'extension *rationae materiae*. Nonobstant, il arrive parfois que le motif d'indivisibilité soit complètement inopérant, c'est le cas par exemple du contrat principal qui comporte une clause compromissoire, alors que le contrat secondaire contient une autre clause de compétence distincte de la clause compromissoire. Le motif de l'indivisibilité serait ici sans intérêt ; la recherche de la volonté des parties demeure par conséquent primordiale.

869. Cela nous amène à nous interroger sur la possibilité de transposer la solution de l'extension *rationae materiae*, tirée de l'indivisibilité, à l'extension *rationae personae* lorsque l'ensemble contractuel est multipartite. Impossible pour la jurisprudence ; insuffisant pour certains auteurs de la doctrine¹²⁹⁸. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt nommé *Sofidif*, avait clairement précisé que le tribunal arbitral qui a légitimement admis l'extension d'une clause d'arbitrage conclue dans un protocole à un accord, provoquant ainsi l'attraction à l'arbitrage d'une tierce personne non-signataire du protocole, en appuyant la décision de l'extension *rationae personae* par le fait que l'accord et le protocole *étaient les obligations fondamentales des parties contractantes* et qu'ils étaient *complémentaires* — l'accord et le protocole

¹²⁹⁵ Eric LOQUIN, « Différence et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension », *op. cit.*, n° 40.

¹²⁹⁶ Cf. Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 795, p. 656.

¹²⁹⁷ *Id.*

¹²⁹⁸ V. en ce sens : Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 861 et s., p. 711 e s.

formaient un tout —, n'a pas autrement motivé sa décision sur la compétence et l'étendue de sa compétence.

870. Pour la cour d'appel : « *Les règles du droit de l'arbitrage, fondé sur le caractère consensuel de la clause compromissoire, ne permet pas d'étendre à des tiers, étrangers au contrat, les effets de la convention litigieuse et fait obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie ; qu'ainsi la solution des difficultés nées de la connexité ou de l'indivisibilité ne peut trouver sa solution que sur le plan contractuel* »¹²⁹⁹. La cour d'appel a estimé ici malgré que le litige résulte de contrats connexes ou indivisibles, cela ne présentait aux yeux des juges « *qu'une simple situation factuelle, procédurale, problématique et susceptible d'être résolue par la seule volonté des parties* »¹³⁰⁰. L'indivisibilité était donc loin d'être mobilisée pour fonder l'extension *rationae personae*. Dans une autre décision *Sofidif*, rendue sur renvoi par la cour d'appel de Versailles, les juges se sont montrés encore plus strictes en décidant que : « *Qu'en l'absence, malgré l'unicité de l'objectif poursuivi, d'une articulation entre les clauses compromissoires permettant d'induire une volonté commune pour un arbitrage unique, les arbitres auraient dû se référer à chaque contrat, pour apprécier leur compétence à l'égard de chaque partie et de chaque élément du litige* »¹³⁰¹.

871. De la même façon, une sentence CCI n° 8910 de 1998 avait clairement évoqué cette impossibilité de transposition en dépit du fait que les contrats liés contribuaient à la réalisation d'une même et unique opération économique, en affirmant, *grosso modo*, que la jurisprudence française relative à l'extension de la clause d'arbitrage au sein d'un groupe de contrats ne peut être appliquée à un contrat de distribution tripartite, pour la simple raison que la jurisprudence française « *[ne] vise [que] des cas où les parties aux conventions constituant cet ensemble unique étaient les mêmes* »¹³⁰². Autrement dit, l'indivisibilité ne peut expliquer l'extension que *rationae materiae* et uniquement lorsque l'ensemble contractuel est constitué de deux parties.

872. Alors, pourquoi autant de méfiance vis-à-vis de l'extension lorsqu'il s'agit d'un ensemble contractuel multipartite, et cela, même si les contrats qui s'y trouvent sont indivisibles ? La non-transposition de la solution à l'extension *rationae personae* s'explique, selon certains auteurs, par la notion de *relations habituelles d'affaires*. Cette idée consiste à dire que si les parties sont habituées à résoudre leur litige devant le

¹²⁹⁹ CA Paris, 19 déc. 1986, (O.I.A.E.T.I. c./SOFIDIF et O.E.A.I., S.E.R.U., X et C.E.A), *Rev. arb.*, 1987, p. 359, note GAILLARD, p. 275.

¹³⁰⁰ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 861, p. 711 et s.

¹³⁰¹ CA Versailles, 7 mars 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 326, note LOQUIN.

¹³⁰² Sentence CCI n° 8910, 1998, *JDI* 2000, p. 1090, *obs.* DERAÏNS.

tribunal arbitral, inclure à l'arbitrage les litiges nés de contrats indivisibles ne saurait forcément les inquiéter. Une extension qui découlerait donc d'une réitération de la volonté de soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître de contrats qui ne contiennent pas de clause d'arbitrage ou, autrement dit, une présomption de la soumission des litiges à l'arbitrage. Cependant, l'avènement d'une tierce personne perturbe cette habitude et cette présomption, rendant ainsi la réitération de la volonté impossible, puisqu'il faut désormais rechercher si la personne tierce accepte d'aller à l'arbitrage.

873. Pour d'autres auteurs, la non-transposition s'explique par le fait que dans la situation de l'extension *rationae materiae* de la clause compromissoire au sein d'un ensemble contractuel bipartite, il est question en fait de l'extension de la force obligatoire du contrat de base vers les autres contrats. Les arbitres lorsqu'ils sont saisis des litiges nés de contrats indivisibles, ils procèdent à une *interprétation objective* des effets du contrat principal, c'est-à-dire qu'ils ne cherchent pas de savoir si les parties acceptent de soumettre à l'arbitrage le litige né d'un contrat secondaire qui ne contient pas la clause, puisqu'ils estiment que cette volonté est déjà donnée. Mais, leur recherche se focalise plutôt sur la possibilité de *délimiter ou non l'objet du contrat principal*, et le seul élément qui vient faciliter cette recherche sera bien évidemment le caractère indivisible des contrats. Alors que dans la situation où le litige oppose une tierce personne au premier rapport contractuel, c'est un problème de relativité que les arbitres doivent résoudre. Ici, le tribunal arbitral doit s'interroger à la fois sur le litige qui est à inclure ou pas dans l'objet de la convention d'arbitrage, mais également de déterminer si la tierce personne a concouru ou non à la conclusion de cette clause — ce qui passe par la recherche de la volonté du tiers —. M. EL AHDAB dit à ce propos que : « toute extension *rationae personae* suppose et nécessite de passer par un circuit contractuel unifié et homogène, et donc par une extension *rationae materiae*, mais sans que cette dernière ne suffise à fonder l'extension compromissoire à un tiers »¹³⁰³. Ce qui revient à dire que l'indivisibilité est une condition nécessaire, mais non suffisante à l'extension *rationae personae*. Ce qui explique d'ailleurs pourquoi plusieurs auteurs sont d'accord pour affirmer que l'existence seule d'un groupe de contrats en général ne peut fonder à elle seule l'extension *rationae personae*¹³⁰⁴.

874. En somme, l'indivisibilité des contrats de l'ensemble bipartite peut être entendue comme fondement de l'extension *rationae materiae*, puisqu'on estime que les parties ont expressément accepté de soumettre les litiges relatifs au contrat de base

¹³⁰³ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 862, p. 713.

¹³⁰⁴ V. en ce sens : *Ibid.* ; Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 540, p. 376.

à l'arbitrage et que l'acceptation de soumettre les litiges liés aux autres contrats secondaires, qui ne contiennent pas de clause d'arbitrage, est présumée tacite. Il ne s'agit donc ici que d'une interprétation objective de l'objet de la clause d'arbitrage. Mais de l'autre côté, l'indivisibilité des contrats pluripartites est nécessaire à l'extension *rationae personae* mais insuffisante, car il faut au surplus recueillir l'acceptation, au minimum implicite, des tiers pour les voir subir les effets de la convention d'arbitrage.

b. Critique de la formule « validité et efficacité » propre de la convention d'arbitrage

875. La cour d'appel retient en matière d'extension, avec une formulation de l'attendu qui varie légèrement d'un arrêt à un autre, que : « la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles qui existaient entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont ils connaissaient l'existence et la portée bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait ». La formule « validité et une efficacité propres », employée de manière presque systématique aussi bien en matière de groupe de contrats¹³⁰⁵ que de sociétés¹³⁰⁶, est contestable¹³⁰⁷ ; même la Cour de cassation semble marquer ses distances avec l'expression¹³⁰⁸. D'abord et en ce qui concerne la construction de l'attendu, celui-ci est maladroit et source de

¹³⁰⁵ CA Paris, 20 avril 1988, (*Société Clark international Finance c./Société Sud matériel Service et autres*), *Rev. arb.*, 1988, p. 570 ; CA Paris, 30 nov. 1988, (*Korsnas Marma c/Sté Durand Auzias*), *Rev. arb.*, 1989, p. 691 et s., note TSCHANZ ; CA Paris, 14 fév. 1989, (*Ofer Brothers*), *Rev. arb.*, 1989, p. 691 et s., note TSCHANZ ; CA Paris, 28 nov. 1989, *Cotunav*, *Rev. arb.*, 1990, p. 675 (1er espèce), note MAYER ; CA Paris, 11 janv. 1990, (*Orri c/Soc. des lubrifiants Elf Aquitaine*), *Rev. arb.*, 1992, p. 95, note COHEN ; *RTD com.*, 1992, p. 596, note LOQUIN et DUBARRY ; CA Paris, 7 déc. 1994, *Jaguar*, *Rev. arb.*, 1996, p. 250, note JARROSSON ; CA Paris, 17 déc. 1997, (*SA Fred et Pétilon c./SA du laboratoire du Docteur Payot*), *RTD com.*, 1998, p. 580, obs. DUBARRY et LOQUIN ; CA Paris, 24 fév. 2000, *SNTM-CNAM c./AGENA* ; CA Paris, 7 mai 2009, n° 07. 21973, (*Suba France c./Pujol*), *Jurisdata* n° 2009-378250 ; CA Paris, 17 fév. 2011, (*gouvernement du Pakistan, ministère des Affaires religieuses c./Sté Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*), *Rev. arb.*, 2012, p. 369, note TRAIN ; *JDI* 2011, p. 395, note MICHOU ; *Gaz. Pal.*, 15-17 mai 2011, p. 16, obs. BENSAUDE ; *JCP* 2011, p. 2541, obs. SERAGLINI ; *LPA* 2011, n° 225 et s., p. 5, note DELANOY ; *CAPJIA*, 2011, p. 433, note CUNIBERTI ; *D.* 2011, Pan. 3023, obs., CLAY ; CA Paris, pôle 1 ch. 1, 16 oct. 2018, n° 16. 18 843 ; CA Paris, pôle 1, ch. 1., 23 juin 2020, n° 17. 22943, (*Sté Kout Food Group*) ; CA Paris, pôle 5 ch. 5, 10 juin 2021, n° 20.07-754, (*SAS Middle East Petroleum Investors (MEPI) c./SA Etablissements Maurel et Prom*).

¹³⁰⁶ V. par exemple, CA Paris, 31 oct. 1989, (*Kis France c/Société générale*), *Rev. arb.*, 1992, p. 90.

¹³⁰⁷ V. notamment, Pierre MAYER, note sous CA Paris, 28 nov. 1989, (*Cotunav*), et 8 mars 1990, (*Ducler*), *Rev. arb.*, 1990, p. 675, spéc. 690 ; Xio-Ying LI, *La transmission et l'extension de la clause compromissoire dans l'arbitrage international*, op. cit., n° 441 et s., p. 318 et s. ; Jalal EL AHDAB, op. cit., n° 866 et s., p. 716 et s. ; Jean BILLEMONT, op. cit., n° 541, p. 376 et s. ; Alexis BESSIS, « L'extension ratione personae des conventions d'arbitrage international : vers un retour au droit des obligations ? », *LPA*, n° 154, p. 6.

¹³⁰⁸ Jean-Baptiste RACINE, note sous CA Paris, pôle 1, ch. 1^{ère}, 23 juin 2020, (*Sté Tout Food Group*) ; *JDI* 2021, p. 165.

confusion. La première partie de l'attendu fait surgir une idée selon laquelle, en vertu du principe de validité, qui garantit à la clause d'arbitrage une autonomie juridique — *i. e.* une détachabilité de toute loi étatique —, et d'efficacité, qui n'est autre que le principe de séparabilité ou d'autonomie matérielle qui assure une survie à la clause d'arbitrage international en cas d'anéantissement du contrat principal, la clause d'arbitrage serait dotée d'une efficacité *pleine*¹³⁰⁹ qui commanderait l'extension *rationae personae*, mais à la condition que la personne, à qui on l'étendrait, ait été directement impliquée dans l'exécution et dès lors que sa situation présume qu'elle a eu connaissance de l'existence de la clause. On serait tenté, à première vue, de penser que c'est la *validité et l'efficacité* de la convention d'arbitrage, qui commandent son extension. Or, ces deux principes ne font que doter la convention d'une efficacité renforcée, qui constitue un point de départ nécessaire, qu'on doit rappeler systématiquement, dans la recherche des autres conditions de l'extension. Bien que la validité et l'efficacité paraissent secondaires dans le processus de recherche de l'extension, ils demeurent néanmoins essentiels, car en l'absence de ces deux critères, on ne saurait s'interroger sur l'implication ou la connaissance du tiers. Autrement dit, l'emploi par la cour d'appel de ces deux règles, formant le principe d'autonomie, est motivé par le souci de renforcer le bien-fondé de la solution d'extension, pourvu qu'il corresponde aux besoins du commerce international.

876. Les auteurs critiques ont essayé d'interpréter le raisonnement de la cour d'appel de diverses manières. Selon M. LI, « *l'efficacité propre d'une clause compromissoire internationale, distinct du principe de validité, est un principe général du droit qui justifie l'élaboration des règles de transmission et d'extension. (...) Cette double référence est peut-être à l'origine de certaines confusions, car c'est le principe d'efficacité qui commande l'extension de la clause compromissoire dans certaines conditions. Et le principe de validité, qui peut justifier le détachement des droits nationaux lors de la détermination de la transmission et d'extension de la clause compromissoire, ne commande pas, comme le principe d'efficacité, de manière directe de telle transmission ou extension* ». ¹³¹⁰.

877. Quant à M. EL AHDAB, ce dernier disait que : « *le principe d'autonomie, qui constitue déjà une règle matérielle, générerait une autre règle matérielle et justifierait donc*

¹³⁰⁹ On distingue ici entre l'efficacité, qui est le résultat du principe d'autonomie matérielle de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal, et l'efficacité *pleine*, qui est la somme de l'efficacité du principe de l'autonomie juridique de la clause de toute loi étatique (principe de validité) et de l'efficacité du principe de l'autonomie matérielle (principe d'efficacité). Autrement dit, on pourrait dire que la clause d'arbitrage international a une *efficacité propre* par rapport à toute loi étatique et une *efficacité propre* par rapport au contrat principal ; les deux acceptions de l'efficacité sont le but poursuivi par le principe de l'autonomie.

¹³¹⁰ V. en ce sens : Xio-Ying LI, *op. cit.*, n° 442, p. 319.

que la clause d'arbitrage jouisse d'une efficacité spéciale permettant d'engager une personne qui n'est pas partie dès l'origine au contrat contenant la clause, pourvu qu'elle ait accepté et connu ladite clause »¹³¹¹. Pour M. MAYER, à l'origine de la critique, « le principe d'efficacité de la clause compromissoire internationale n'a jamais signifié qu'une clause compromissoire pouvait être imposée à des parties à un litige contre leur volonté par la voie de son extension »¹³¹². Ainsi, le même auteur fait savoir qu'« il n'est pas sain de recourir à une formule à la fois vague, ambitieuse et théoriquement contestable, pour justifier des solutions que la théorie générale des obligations permettrait en toute sécurité de retrouver »¹³¹³.

878. Mais force est de constater que quand bien même le principe de validité et d'efficacité commanderait l'extension, la formule est usitée seulement dans la sphère internationale, ce qui l'exclut donc de la sphère interne. Alors que la tendance actuelle de la jurisprudence est pour une uniformisation des deux régimes de l'arbitrage, d'autant plus que le principe de l'autonomie matérielle est aussi admis en droit de l'arbitrage interne¹³¹⁴. En somme et en raison de la confusion entourant la formule « validité et efficacité propres de la convention d'arbitrage », celle-ci ne peut pas à elle seule fonder l'extension sans qu'elle soit associée avec la seconde partie de l'attendu qui s'intéresse à l'identité de toutes les personnes intervenantes à l'exécution du contrat principal, y compris les personnes tierces non-signataires. Ainsi et suivant la règle matérielle de l'autonomie, le tiers est présumé avoir accepté tacitement la convention d'arbitrage insérée au contrat principal, dès lors qu'il s'est impliqué au contrat et a connu l'existence de ladite clause. Ce qui nous conduit naturellement à s'enquérir ensuite de l'opportunité de la notion d'adhésion du tiers au contrat, avancée pour justifier l'acceptation de recourir à l'arbitrage, et fonder le consentement du tiers afin qu'une clause d'arbitrage lui soit étendue.

B. *Le fondement impossible de la notion d'adhésion comme justification de l'extension*

¹³¹¹ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 866, n° 717.

¹³¹² Pierre MAYER, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, RCADI, 1988, t. 217, n° 112 et s.

¹³¹³ Pierre MAYER, *note sous préc.*

¹³¹⁴ Alinéa 1^{er} de l'art. 1447 du CPC : *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.*

879. Plusieurs auteurs¹³¹⁵, et même la jurisprudence¹³¹⁶, avancent que si l'on admet l'attraction du tiers non-signataire à l'arbitrage en raison de son implication directe au contrat principal, c'est parce que les circonstances font présumer que le tiers a adhéré aux droits et obligations de ce contrat ; le tiers deviendrait donc une partie à ce contrat. M. LOQUIN disait à ce propos que : « *La connaissance de la clause et la participation dans l'exécution des obligations nées de ce contrat permet de caractériser l'adhésion à la Convention d'arbitrage qui n'a pas besoin d'être expresse, ni formalisée par la signature d'un écrit* »¹³¹⁷. Toutefois, la notion d'adhésion pose un sérieux problème et doit être vigoureusement critiquée.

880. D'abord, si l'on revient sur la sémantique du terme adhérer, celui-ci vient du latin *adhaerere* qui signifie « être attaché à ». Mais le terme est souvent utilisé comme un synonyme des termes « approbation » ou « consentement ». L'adhésion est couramment utilisée pour des actes collectifs ; elle serait marquée par sa nature purement unilatérale, manifestant un choix de rejoindre ou non un projet contractuel, là où le consentement tendrait à la bilatéralité rendue nécessaire par l'échange. L'adhésion constitue en réalité une variété de consentement au contrat. Partant de là, si l'on admet que le tiers, qui s'implique dans l'exécution du contrat principal, adhère à ce contrat¹³¹⁸, il en deviendra, nécessairement et automatiquement, partie. Ce qui contrecarre le principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage ; il ne sera donc plus question d'opposabilité, mais de force obligatoire. Ainsi, l'implication du tiers ne vaut donc pas adhésion au contrat et encore moins à la clause d'arbitrage, même si cette adhésion est tacite. Aussi, si l'on admet cette idée d'adhésion, l'on qualifierait donc tout contrat formé, et ayant subi l'immixtion d'un tiers, de contrat prévu pour être ouvert à autrui, ou autrement dit ouvert à l'adhésion des tiers. Or, l'on sait pertinemment qu'au moment de la conclusion, les parties ne pensent pas à cette éventualité, sinon ils l'auraient prévu.

881. Par ailleurs, nous pensons que l'emploi du terme « adhésion », par certains auteurs, a été le fruit d'une interprétation, que nous jugeons contestable, fondée sur une décision de la cour d'appel elle-même confuse et vague. Si l'on s'attarde sur la

¹³¹⁵ V. notamment Éric LOQUIN, *Différences et convergence*, art. préc. ; Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 542, p. 377 et s. ; Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 325, p. 248.

¹³¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n° 07.18744, *Rev. arb.*, 2008, p. 846 : « en application de l'article 3 du règlement intérieur de la société Système U, selon lequel la personnalité et l'activité d'une société, personne morale, se confondent avec la personnalité et l'activité de celui ou de ceux qui la contrôlent directement ou indirectement et la dirigent, M. X... avait nécessairement adhéré à titre personnel à ce règlement et accepté d'être lié par les clauses le concernant directement en tant que dirigeant social, particulièrement la clause d'arbitrage et celle relative au droit de préemption »

¹³¹⁷ Éric LOQUIN, art. préc., p. 49.

¹³¹⁸ M. Loquin parle d'adhésion par ratification du contrat principal. V. en ce sens : *Id.*

formule de la cour d'appel, cette dernière affirme que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter* ». Or, les termes « *parties* » et « *étendre* » sont incompatibles, car le verbe « *étendre* » est usité en principe pour exprimer le rayonnement de la clause d'arbitrage à l'égard des tiers — opposabilité —, alors que le terme « *parties* » est attaché au principe de la force obligatoire. Si l'on suit donc le raisonnement des auteurs laissant entendre que le tiers, de par son implication, adhère au contrat et présumé avoir accepté la clause, l'attendu de la cour d'appel devrait être différent et doit comporter le terme « *lier* » à la place d'« *étendre* », car c'est de la force obligatoire dont il s'agit.

882. En outre, la cour d'appel ajoute que la « *situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles qui existaient entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage, dont elles connaissaient l'existence et la portée* ». Cette affirmation est des plus contestables, car on ne peut en aucune manière faire présumer l'*acceptation* ou l'*adhésion* à la clause par le tiers en dépit de son implication dans l'exécution du contrat, des circonstances de l'affaire liant les parties et le tiers et de la connaissance de la clause d'arbitrage par le tiers. Si l'on admet cela, le tiers devient alors une partie à la convention d'arbitrage. Ainsi, si l'on comprend la formule jurisprudentielle, il convient d'étendre la clause d'arbitrage aux tiers directement impliqués dans l'exécution du contrat principal et dont la situation et les activités font présumer qu'ils ont accepté la clause d'arbitrage. Ce qui est réfutable à notre avis. Dire autrement, l'implication ne sous-entend pas acceptation ou adhésion à la clause. En revanche, ça justifie son extension aux tiers.

883. Ensuite et supposons même que l'implication des tiers induit l'adhésion, elle ne se réduit pas seulement à l'exécution du contrat contenant la clause, mais peut prendre diverses formes. En effet, l'implication d'un tiers peut être au début du contrat, c'est-à-dire lors de la formation de ce contrat, mais elle peut être également établie au moment de la résiliation ou encore à la violation du contrat en question — c'est ce qui a été affirmé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Cerner* : « *Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans la négociation, la conclusion, l'exécution et/ou la résiliation du*

contrat »¹³¹⁹ —. Toutefois, le tiers qui s'implique dans la réalisation, la résiliation ou dans la violation du contrat contenant la clause ne signifie pas qu'il a adhéré, accepté tacitement ou ratifié ce contrat. L'idée selon laquelle l'adhésion justifie l'extension ne pourrait être acceptée qu'exclusivement au cas d'implication dans l'exécution du contrat. Et là encore, il faut être précis sur le sens de l'implication, c'est-à-dire déterminer si le tiers doit être directement impliqué, ou suffit-il qu'il s'implique indirectement. Il est certain que la jurisprudence a expressément pris position en faveur d'une implication directe. Il faut souligner toutefois que dans les ensembles contractuels par exemple, le tiers qui exécute le contrat, faisant partie de l'ensemble contractuel et pour lequel il est signataire, s'implique évidemment de manière indirecte dans l'ensemble contractuel, mais surtout, il s'implique indirectement dans l'exécution du contrat de base contenant la clause¹³²⁰.

884. En somme, l'argument selon lequel l'adhésion justifie l'attraction des tiers à l'arbitrage doit être fermement rejeté. En réalité, on ne peut admettre une adhésion du tiers qui s'implique directement dans l'exécution du contrat. Il n'en demeure pas moins qu'il est tout à fait justifié que l'implication directe du tiers légitime l'extension de la clause d'arbitrage à son égard. *Quid* à présent de la théorie de la fraude et de l'apparence comme justification de l'attraction du tiers à l'arbitrage.

§2 De possibles insuffisances des théories sanctionnant le comportement des tiers

885. Parmi les fondements avancés de l'extension¹³²¹ il y a, rappelons-le, les théories de fraude ou d'abus de droit (A) et d'apparence (B). Ces théories qui décèlent et sanctionnent le comportement frauduleux, abusif ou apparent d'un tiers qui aurait agi dans l'intention de nuire à autrui ou de semer la confusion dans l'esprit des contractants dans le but de se soustraire à ses obligations légales, apparaissent, pour certains auteurs, insuffisantes à fonder l'extension compromissaire, voire même incompatibles avec l'arbitrage.

¹³¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 2020, n° 18-23.970.

¹³²⁰ V. par exemple, CA Paris, 18 déc. 2018, *Rev. arb.*, 2018, p. 847 ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 37, note BENSUAUDE.

¹³²¹ V. *supra*. n° 626 et s.

A. L'insuffisance de la théorie de la fraude

886. Par souci de transparence, les jurisprudences française¹³²² et étrangère¹³²³ admettent aujourd'hui la levée du voile social pour décider d'étendre les effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers non-signataires ayant usé de manœuvres frauduleuses dans le but d'occulter une réalité, ou qui ont abusé de leur droit pour nuire à autrui. L'extension serait ici un moyen utile pour identifier la véritable personne qui se cache derrière la signature de l'acte contenant la convention d'arbitrage, ou pour déterminer les circonstances de l'abus de droit ; elle est un correctif à l'abus ou à la fraude opérée au détriment des droits d'autrui.

887. Il est vrai que l'application de la théorie de la fraude¹³²⁴, en tant que justification de l'extension, n'a pas été toujours aisée¹³²⁵ et que la jurisprudence de la cour d'appel qui, à travers deux arrêts postérieurs à l'affaire *Orri* où elle a étendu la convention d'arbitrage à un tiers non-signataire reconnu comme l'*alter ego* de la société dont il avait le contrôle effectif, a démontré qu'elle pouvait refuser la demande d'extension de l'engagement de la société, et donc de la convention d'arbitrage, au dirigeant¹³²⁶. Aussi, le recours prudent de la jurisprudence à la théorie de la fraude comme fondement de l'attraction des tiers n'est pas simplement une exception française, d'autres droits positifs tels qu'Anglais, Allemand ou Suisse expriment également la même réticence¹³²⁷. Pourquoi alors tant d'hostilité envers la notion ?

888. Le débat relatif à l'incertitude du rôle joué par la fraude dans l'attraction d'une tierce personne à la convention d'arbitrage vient généralement de l'imprécision

¹³²² V. L'affaire *Orri c./Société des lubrifiants Elf Aquitaine*, sentence partielle CCI n° 5730, 1988, *JDI* 1990, p. 1029, *Rev. arb.*, 1992, p. 25, note COHEN. En appel : CA Paris, 11 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1990, p. 95, note COHEN ; *JDI* 1991, p. 141, note AUDIT ; *RTD com.* 1992, p. 586, note LOQUIN. En cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n° 90-12.966, *Rev. arb.*, 1992, p. 73, note COHEN. V. également d'autres jurisprudences postérieures : Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, n° 04-10.201, (*Société laboratoires Besins international*) ; *Bull. civ. I*, n° 440 ; *Rev. arb.*, 2008, p. 307, note COHEN ; CA Paris, 16 oct. 2018, n° 16-18.843, (*M. B. c/Cerner Middle East*) ; *Rev. arb.*, 2018, p. 837 et en cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 2020, n° 18-23.970.

¹³²³ V. notamment la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Buanderie Centrale de Montréal c. Montréal* (1994) 3 R.C.S. 29, 48 ; v. en détail : Stéphanie ROUSSEAU et Nadia SMAILLI, « La « levée du voile corporatif » en vertu du Code civil du Québec : des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence », les Cahiers du droit, Vol. 47, n°4, 2006, p. 815-862. En jurisprudence américaine, v. Robert B. THOMPSON, « Piercing the Corporate Veil : An Empirical Study », 76 *Cornell L. Rev.*, 1991, p. 1036. En jurisprudence singapourienne : *Aloe Vera of America, Inc. c./ Asianic Food (S) Pte. Ltd. & Anor* (2006) 3 *SLR (R)*, p. 174.

¹³²⁴ V. de manière générale : José VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe efraus omnia corrumpite*, thèse de doctorat, droit, préf. Gabriel MARTY, Dalloz, 1957.

¹³²⁵ V. par exemple : sentence CCI n° 5065/1986, *JDI* 1987, p. 1039 ; Sentence CCI n° 4972/1989, *JDI* 1989, p. 1101 ; sentence CCI n° 5721/1990, *JDI* 1990, p. 1020 ; sentence CCI n° 8910/1988, *JDI* 2000, p. 1085, *obs.* HASCHER. Sentences citées par Daniel COHEN, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, p. 35.

¹³²⁶ V. par exemple : CA Paris, 26 juin 2003, *Rev. arb.*, 2006, p. 143 ; CA Paris 23 oct. 2003, *Rev. arb.*, 2006, p. 149.

¹³²⁷ V. en ce sens : Jean François POUDRET et Sébastien BESSON, *op. cit.*, n° 260 et s., p. 236 et s.

qui entoure la notion de fraude¹³²⁸. Selon M. AYNÈS et feu MALAURIE : « *La question principale que soulève la fraude est celle de sa définition* »¹³²⁹. La notion se retrouve à la fois dans un inconfort sémantique, du fait des confusions terminologiques — par exemple le fait de parler indistinctement de manœuvres dolosives pour désigner des manœuvres frauduleuses ; de confondre fraude avec simulation ou mauvaise foi, ou encore parler de fraude et d’abus de droit pour désigner le même comportement sanctionnable, fait de la théorie de la fraude un fourre-tout juridique où l’on glisserait tout comportement sanctionnable —, et dans un inconfort pratique, puisqu’elle souffre de difficultés relatives à la caractérisation de ses éléments constitutifs, car pour établir la fraude à l’égard d’une personne, il convient de procéder à une recherche de l’intention frauduleuse et du mobile. Or, en raison de son caractère subjectif, voire même « *psychologique* », la preuve de l’intention frauduleuse apparaît comme hors de portée et peut se révéler difficile à apporter. Pourtant, sa caractérisation est nécessaire, puisque « *la répression de la fraude n’a plus d’objet si la fraude n’est pas intentionnelle* »¹³³⁰. *Idem*, la recherche du mobile, qui renvoie nécessairement à une analyse de la cause de la fraude, au comportement du prétendu fraudeur ou encore à l’acte frauduleux, appelle à une part éminemment arbitraire dans son appréciation¹³³¹. D’ailleurs à ce propos, dans l’arrêt *Orri* les juges eux-mêmes semblent tomber dans la confusion, car ils ont opéré une assimilation entre la fraude à la loi¹³³² — manifestée en l’espèce par la fraude à la clause d’arbitrage — et la fraude aux droits des créanciers — notion de la fraude paulienne —. Cela étant dit et malgré la diversité des définitions et la part de subjectivité qui entoure l’interprétation de ses éléments caractéristiques — ce qui est sans doute une source d’insécurité —, la notion de fraude demeure néanmoins « *un de ces concepts souples dont la jurisprudence aime se servir pour garder le moyen d’imposer l’équité* »¹³³³.

889. Ce qui nous amène donc à déplacer le débat de l’insuffisance sur un autre terrain, et il s’avère que c’est sur le terrain de la sanction que réside cette insuffisance. La sanction de la fraude consiste à rendre inefficaces les manœuvres frauduleuses, et

¹³²⁸ Vidal donne une définition de la fraude qui est généralement acceptée par tous : « *il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l’exécution d’une règle obligatoire par l’emploi à dessein d’un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* », in, José VIDAL, *op. cit.*, p. 208.

¹³²⁹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil. Les obligations*, Cujas, 1990, n° 1036, p. 571.

¹³³⁰ José VIDAL, *op. cit.*, p. 120.

¹³³¹ V. en ce sens : Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 998, p. 827.

¹³³² Vidal disait que la notion de la fraude à la loi doit s’entendre selon l’acception la plus large du mot *loi*. La notion consiste donc à éluder une règle obligatoire d’origine légale ou contractuelle, notamment statutaire, puisque le contrat est la loi des parties.

¹³³³ José VIDAL, *op. cit.*, p. 341.

ce, quel que soit le domaine dans lequel elle est exercée¹³³⁴. Or, l'inefficacité d'un acte peut purement et simplement être prononcée en recourant à un large éventail de sanctions civiles. Par exemple, en présence d'un groupe de sociétés, si une entité membre est créée fictivement dans le but de tromper, l'arbitre ou le juge peut faire jouer la responsabilité civile de l'auteur de ladite création ou déclarer nuls ou inopposables les actes qui ont été passés en son nom ou au nom de la société-écran. Même s'il faut avouer qu'il n'est pas toujours évident d'opérer un arbitrage entre l'inopposabilité et la nullité¹³³⁵. Il serait ainsi raisonnable d'adapter la sanction en fonction des circonstances et de la gravité de chaque affaire et non de recourir systématiquement à la notion de la fraude pour sanctionner la violation en question.

890. À notre sens, aller sur le terrain de la fraude, en ayant à l'esprit qu'elle suffirait à elle seule pour fonder l'attraction, est périlleux. Puisque non seulement la fraude est, comme on vient de le dire, une notion malléable et subjective, mais il se peut également que la société, qui serait une coquille vide et dont le montage peut paraître fictif, soit constituée pour faire face à des enjeux économiques et non simplement dans l'intention de tromper. Bien évidemment, la plupart des sociétés-écran sont créées dans l'objectif de rendre opaque diverses opérations, ou de bénéficier des avantages fiscaux qu'offrent certains pays dits « *paradis fiscaux* ». Mais, il est possible également que de tels montages soient destinés à limiter les risques d'une opération économique ou financière, de permettre à une filiale de pénétrer un marché qui serait interdit à la société mère ou qu'elle y jouirait d'une mauvaise réputation. De pareils montages peuvent également servir comme moyen de dissimulation de l'identité des véritables détenteurs en utilisant un prête-nom ou en libellant le capital de la société en actions au porteur.

891. Le droit positif français tolère aussi certaines pratiques qui, quoique douteuses, ne sont pas pour autant illégales. On pense effectivement à la société créée de fait qui, bien que les conditions de fond et de forme nécessaires à sa constitution n'aient pas été accomplies, résulte du comportement de personnes qui ont participé à une œuvre économique commune dont elles ont partagé les profits et supporté les pertes, et se sont conduites comme de véritables associés, sans avoir pour autant exprimé la volonté de créer une société¹³³⁶. D'autres pratiques consacrées par le Code

¹³³⁴ Smahane AKHOUAD, *op. cit.*, n° 575, p. 541.

¹³³⁵ V. en ce sens : Florence DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, *op. cit.*, n° 189.

¹³³⁶ V. Fiches d'orientation, Société créée de fait, Dalloz, juin 2021 ; <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000934>. V. Aussi, Georges RIPERT, René ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. I, éd. 10^{ème}, L.G.D.J, 1980, n° 725.

de commerce existent, comme la possibilité de mettre en sommeil une société pour qu'elle cesse temporairement son activité sans que cette interruption d'activité n'entraîne sa dissolution ou sa radiation¹³³⁷, ou encore la technique dite de « *single ship companies* », propre au droit maritime, qui consiste à créer autant de sociétés distinctes qu'il y a de navires à armer et à exploiter. Le but d'une telle organisation est de tirer avantage de l'écran que constitue la personne morale, de sorte que lorsque le litige naîtra d'une opération liée à l'exploitation d'un navire, l'action du créancier ne peut, en principe, être portée que contre la société qui exploite le navire et non pas contre le propriétaire¹³³⁸. Ainsi, la présence d'un montage de sociétés ou le fait de jouer le rôle d'une société-écran ne signifie pas forcément, pour les raisons qu'on vient de citer, que la société est fictive et qu'elle doit être sanctionnée¹³³⁹.

892. Il faut rajouter à cela l'idée selon laquelle : si l'on admet le fait que c'est parce que le tiers a eu un comportement répréhensible que l'on doit l'attirer à l'arbitrage, on écartera tout simplement la volonté, qui doit être en principe au centre de l'arbitrage, et son attraction ne sera justifiée qu'eu égard à son comportement. Ce qui est sans conteste contraire à la nature de l'arbitrage. M. FADLALLAH disait à ce propos que : « (...) *c'est une question extrêmement difficile de savoir si la situation de quelqu'un dont le comportement permet de le considérer comme partie à un contrat et qui en réalité n'a pas voulu être partie à ce contrat relève du contrat ou du délit ? Les arbitres, s'ils étaient saisis d'une situation de ce genre, pourraient facilement dire que la personne s'est comportée comme partie au contrat et traiter la question sur le terrain contractuel. Mais, je reconnais qu'il y a un problème théorique extrêmement délicat de choix entre la volonté réelle et le comportement externe* »¹³⁴⁰.

893. En somme, en faisant appel à la notion de la fraude, élément subjectif et dont l'appréciation relève nécessairement de la morale, c'est que l'on est dans une situation où aucun mécanisme n'a été en mesure de mettre en échec la manœuvre menaçante pour l'ordre juridique. Le domaine de la théorie de la fraude serait alors « *limité aux lacunes du système juridique* »¹³⁴¹. La jurisprudence, d'une manière générale, est très prudente quant à sa mobilisation comme motif d'attraction des tiers à l'arbitrage, puisque, comme l'affirment deux auteurs, la justice arbitrale « *cherche en*

¹³³⁷ Art. R.123-46 5° et 6° et R.123-69 1° et 2° du Code de commerce.

¹³³⁸ V. en détails : Philippe DELEBECQUE, « *Les single ship companies* », in, *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Mél. Paul Le CANNU, Dalloz, L.G.D.J, IRJS, Thomson Reuters Transactive, 2014.

¹³³⁹ V. en ce sens : Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 993, p. 824.

¹³⁴⁰ Ibrahim FADLALLAH, *Groupe de sociétés et clause d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 124.

¹³⁴¹ Xiao-Ying LI, *La transmission et l'extension de la clause compromissoire dans l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 109, p. 87.

effet à apporter une réponse globale aux prétentions qui lui sont soumises, mais en évitant d'employer des concepts agressifs comme "la levée du voile social" qui, au cours des débats, peuvent supposer une extension injustifiée de la portée de la convention d'arbitrage »¹³⁴². Comme disait M. BOUCOBZA, la doctrine de l'Alter ego « ne constitue pas l'alpha et l'oméga de l'extension de la clause d'arbitrage au sein des groupes de sociétés. Il s'agit d'une approche de droit des sociétés qui n'est pas toujours clairement distinguée de la doctrine des groupes de sociétés et qui, par ces conditions, demeure une voie étroite »¹³⁴³. C'est ce qui explique d'ailleurs pourquoi la justification de l'attraction par la notion de fraude n'a été admise exclusivement dans le cadre de groupe de sociétés, car il y a là un terreau fertile pour qu'elle puisse s'exprimer. Effectivement, la constitution d'un groupe de sociétés, hormis le but principal certainement économique que poursuivent les sociétés qui le composent, peut révéler d'autres intentions, comme éluder une règle obligatoire. La théorie de la fraude serait donc un de ces moyens qui permettent de briser l'obstacle qui se dresse immédiatement sur la route de l'extension, à savoir l'autonomie juridique des sociétés du groupe.

894. Cependant, pour pouvoir lever le voile corporatif et ainsi retenir la notion de la fraude, il incombe à l'arbitre ou au juge de vérifier d'abord si le tiers, prétendu fraudeur, a participé à la formation, à l'exécution ou à la résiliation de l'acte contenant la clause, que cette dernière a été connue et que ces deux derniers éléments ont été réalisés au sein d'un groupe de sociétés existant et uni. Ainsi, il apparaît donc que la notion de fraude — élément subjectif — dépend de l'implication, de la connaissance et de l'existence d'un groupe uni — éléments objectifs —. Autrement dit, la fraude semble être un argument accessoire à la justification de l'extension. Par conséquent, même si elle n'est pas caractérisée, le résultat serait identique, puisqu'on se référerait toujours aux mêmes conditions objectives. À moins que les éléments objectifs n'aient pas été réunis. Tout ceci pour dire que la notion de la fraude n'est pas à elle seule suffisante pour justifier l'attraction d'un tiers non-signataire aux effets de la clause d'arbitrage contenue dans l'acte objet de la fraude ; elle doit nécessairement être renforcée par les éléments objectifs. De la même façon, la théorie de l'apparence,

¹³⁴² Fernandez ROZAS, José CARLOS, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », Rec. cours La Haye, 2002, n° 290, p. 125, cité par Fatima-Sara WEHBE, *Composantes multidimensionnelles de l'arbitrage : de la considération locale à l'interculturalité internationale*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Gilles LEBRETON, le Havre, 2016, p. 355.

¹³⁴³ V. notamment Xavier BOUCOBZA, « L'extension de la clause compromissoire à l'épreuve du droit des sociétés », in, *Droit sans frontières, op. cit.*, p. 110. L'auteur cite G. B. BORN, *international commercial Arbitration, Kluwer Law International*, 2009, p. 1152 et s., spéc. P. 1171 et Sébastien BESSON, « Piercing the corporate veil : Back on the Right Track », *Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, 2010, p. 149. V. aussi dans le même sens : Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 998, p. 827.

avancée comme motif de l'extension de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers non-signataires, souffre aussi de critiques.

B. *L'insuffisance de la théorie de l'apparence*

895. Rappelons tout d'abord que l'apparence est le comportement qui consiste à faire croire légitimement à une partie, souhaitant s'engager, que le contractant en face agit en tant que dirigeant de la société, ou en tant que représentant de celle-ci. Une situation qui nécessite donc une levée du voile social pour identifier les véritables contractants. Bien que son champ d'application couvre *a priori* tous les domaines du droit privé, lorsqu'il est question de l'arbitrage, il semble que ce soit dans l'hypothèse de groupe de sociétés que la théorie de l'apparence ait reçu la faveur de la jurisprudence. Dans plusieurs affaires, relevant surtout de l'arbitrage international, les juges d'appel et de cassation admettent d'une manière constante, et ce, depuis longtemps, que la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de l'engagement, contenant la convention d'arbitrage, permet de faire exception au principe de l'indépendance juridique des sociétés, ce qui donne à l'autre partie la possibilité de fonder l'opposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard de l'ensemble du groupe. Par exemple, le fait de présenter un document mettant en avant l'idée de « *groupe* » a été jugé suffisamment recevable pour en déduire qu'une apparence a pu être créée et que les sociétés formant le groupe, dont l'auteur de l'apparence faisait partie, sont appelées à la solidarité, surtout lorsque l'ensemble de sociétés avait le même dirigeant¹³⁴⁴. L'apparence a également été retenue comme fondement de l'extension de la clause d'arbitrage aux sociétés du groupe dès lors qu'au moment des négociations contractuelles le comportement d'un représentant du groupe a fait croire légitimement à la société contractante qu'il engageait l'ensemble des sociétés du groupe¹³⁴⁵.

896. De là, il semble donc tout à fait logique qu'une personne, extérieure au groupe, oppose l'engagement qu'elle a conclu avec l'une des sociétés du groupe à

¹³⁴⁴ Cass. com., 18 oct. 1988, *RD. banc. et Fin.*, 1989, p. 31, *obs.* JEANTIN et VIANDER, *cité par* Xiao-Ying LI, *op. cit.*, n° 111, p. 88.

¹³⁴⁵ Sentence CCI n° 1434/1975, *Clunet*, 1976, p. 978, *obs.* DERAÏNS.

l'ensemble des sociétés appartenant à ce groupe, car au moment de la conclusion, elle pensait avoir affaire à une seule société, alors que derrière l'apparence se cache tout un groupe de sociétés, ou qu'elle pensait que la personne, en raison de son comportement, engage la société ou le groupe, alors qu'en réalité elle n'a obtenu aucun mandat pour le faire. La théorie de l'apparence apparaît là comme un moyen efficace pour protéger les tiers.

897. Sans nul doute, la solution est le fruit de l'abandon par la Cour de cassation de la méthode conflictualiste et l'adoption de la règle matérielle qui a consacré le principe de la validité de la clause d'arbitrage, et notamment lorsque celle-ci est conclue par des personnes morales au regard des pouvoirs de leurs représentants. C'est ainsi que dans l'arrêt *Soerni* de 2009, la Cour de cassation a jugé que : « *L'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale, mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle internationale déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante de la société* »¹³⁴⁶.

898. La lecture de l'arrêt permet de dégager plusieurs points essentiels. D'abord, puisqu'il n'est plus question de désigner la conclusion d'une convention d'arbitrage, en matière internationale, d'acte d'administration, mais d'acte de gestion courante, le représentant n'a, *a priori*, pas besoin d'autorisation ou d'habilitation particulière pour pouvoir conclure cette convention. La jurisprudence est allée même jusqu'à reconnaître que la convention d'arbitrage est valable et, partant, la société est engagée, même si le représentant apparent est dépourvu de tout pouvoir légal ou conventionnel, dès lors que la partie en face a pu croire légitimement dans l'apparence de ses pouvoirs¹³⁴⁷. Ici, la notion d'apparence semble être reléguée au second plan. À notre avis, cette solution est d'une part dangereuse, car se contenter du seul principe de validité sans qu'il n'y ait besoin de rechercher le comportement apparent, ou donner à l'apparence une portée très générale, risque de faire engager, et d'attirer à l'arbitrage, une personne physique ou morale n'ayant pas voulu *réellement* l'acte et sans que ce dernier ne lui soit véritablement utile¹³⁴⁸.

899. En outre, dire que le représentant n'a pas besoin d'habilitation particulière pour engager le représenté à l'arbitrage nous semble possible uniquement pour le

¹³⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2009, n° 08-16.025 ; v. également : CA Paris, 24 fév. 2005, *Rev. arb.*, 2006, p. 210.

¹³⁴⁷ V. CA Paris, 28 oct. 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 189 ; CA Paris, 24 fév. 2005, *Rev. arb.*, 2006, p. 210.

¹³⁴⁸ V. En ce sens : Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 1004, p. 833.

compromis, car le représentant ne lie la société que pour un seul engagement. Or, lorsqu'il s'agit d'une clause compromissoire, celle-ci est insérée dans un contrat — la clause d'arbitrage ne constitue qu'une disposition parmi tant d'autres —, si l'habilitation n'est pas nécessaire pour l'arbitrage, elle le sera pour la conclusion de certaines clauses du contrat qui, au contraire, relèveraient d'actes de disposition et nécessiteraient donc l'accord du représenté. Le représentant ne peut donc agir comme bon lui semble sur l'ensemble du contrat sinon à engager sa propre responsabilité. De là, on peut présumer que le représenté connaissait, *a priori*, l'existence du contrat et, *a fortiori*, les clauses qu'il contient. Par ailleurs, bien que la solution ait pu avoir un écho en matière interne¹³⁴⁹, il faut préciser que la jurisprudence a toujours été prudente, parce que, d'une part, elle utilise un faisceau d'indices pour caractériser l'apparence¹³⁵⁰ et que la croyance légitime du tiers est vérifiée au cas par cas et, d'autre part, parce que la qualification interne de l'engagement de la société à l'arbitrage n'est pas tout à fait considérée comme un acte de gestion courante¹³⁵¹, mais aussi parce qu'il n'y a pas de principe de validité de la convention d'arbitrage en matière interne.

900. Enfin, l'arrêt fait ressortir deux conditions pour établir l'apparence, à savoir la croyance légitime du tiers et sa bonne foi. Or, ces deux conditions sont des éléments subjectifs dépendant de l'appréciation que l'on fait de chaque situation entourant l'apparence. Ce qui peut être un obstacle à sa mise en œuvre du fait de son caractère aléatoire et insuffisamment prévisible. Aussi, comme pour la fraude, la recherche de l'apparence pour décider l'extension de la clause aux tiers, occulte le critère sacro-saint de l'arbitrage, à savoir la volonté de se soumettre à l'arbitrage, puisqu'on ne s'intéresse qu'au comportement des tiers. C'est pour cela que la réticence de certains auteurs quant à la mobilisation de ce fondement de manière isolée, soit compréhensible. M. FADLALLAH l'a très justement dit : « (...) Reste à se demander si l'apparence est le bon argument pour écarter la compétence étatique en faveur de l'arbitrage : l'apparence n'implique pas nécessairement une volonté, elle sanctionne un comportement extérieur »¹³⁵².

¹³⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-16.853, (*Sté Brisard Dampierre c/Sté Demathieu Bard Construction*), *Rev. arb.*, 2018, p. 765, note COHEN ; *RTD com.*, 2020, p. 300, note LOQUIN.

¹³⁵⁰ La Cour d'appel peut chercher par exemple s'il y a ou pas délégation de pouvoir, s'il y avait des engagements antérieurs similaires, ou s'il y a contestation de la seule convention d'arbitrage. V. en ce sens : Éric LOQUIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-16.853, (*Sté Brisard Dampierre c/Sté Demathieu Bard Construction*), *RTD com.*, 2020, p. 300.

¹³⁵¹ Bien que certains auteurs de la doctrine considèrent le contraire V. En ce sens, Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCEIDT, *op. cit.*

¹³⁵² Ibrahim FADLALLAH, *op. cit.*, n° 124.

901. Pour conclure, les théories de la fraude et de l'apparence ne constituent pas à elles seules un fondement suffisant, cohérent et prévisible de l'extension aux tiers de la convention d'arbitrage. Critiquées pour leur caractère subjectif et pour le fait que l'extension qu'elles permettent de justifier ne se fonde pas sur une recherche de la volonté du tiers, mais plutôt sur une appréciation de son comportement. Un comportement condamnable d'un tiers ne peut être à lui seul un fondement suffisant de son attraction à l'arbitrage sans les éléments objectifs de l'extension. On peut ainsi dire que les deux théories évoquées ne participent qu'accessoirement au fondement de l'extension.

Conclusion de la section II

902. À la fin de ces développements, il faut retenir d'abord que chaque fois qu'on avance une justification reposant sur un caractère subjectif, celle-ci ne peut être prise isolément comme fondement de l'extension. Ce constat a été vérifié pour les théories de la fraude et de l'apparence. Ensuite, il n'est pas suffisant de se contenter des caractères qui définissent les groupes de contrats ou de sociétés pour ensuite fonder l'extension *rationae personae* de la convention d'arbitrage. C'est ce qu'on a démontré avec le caractère de l'indivisibilité, l'unité ou l'existence du groupe. Enfin, il ne faut pas déduire du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire le principe de « validité » et « d'efficacité » de la convention d'arbitrage, un fondement de l'extension, car, comme on l'a dit précédemment, ces deux principes à eux seuls participent certainement à la justification du processus d'attraction, mais ne suffisent pas à fonder à eux seuls l'opposabilité sans observer les conditions d'implication et de connaissance.

903. On voit donc clairement que l'implication et la connaissance sont les deux éléments qui reviennent chaque fois lorsque l'on cherche à fonder l'attraction d'une tierce personne à l'arbitrage. En revanche, les éléments dits confortatifs de l'attraction ne viennent que pour renforcer la décision de celle-ci en fonction des circonstances de chaque affaire. Cela ne veut pas dire que leur prise en compte doit être aléatoire ou qu'ils doivent être mis de côté, au contraire, car même s'ils sont accessoires au fondement de l'extension, ils permettent une meilleure compréhension par les tiers eux-mêmes de la décision de l'attraction, mais également d'asseoir le bien-fondé de celle-ci. Jusqu'à présent, nous avons démontré que la règle de l'attraction est

conditionnée et débattue. Mais celle-ci est également exceptée. C'est ce que nous verrons dans les développements à venir où il sera question des cas neutralisant l'efficacité de l'opposabilité.

SECTION III : LA RÈGLE DE L'ATTRACTION PARALYSÉE : LES CAS D'INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

904. Si la connaissance et l'implication à la réalisation, à l'exécution ou à l'anéantissement du contrat principal, de même que le caractère accessoire et procédural de la clause d'arbitrage sont censées justifier l'attraction à l'arbitrage d'une tierce personne, la méconnaissance de la clause, l'implication ou l'intervention *neutre et désintéressée* du tiers au contrat principal, ou encore la restriction par les parties ou par le tribunal arbitral des effets de la convention d'arbitrage, sont également censées justifier la *neutralisation* et la *paralysie* de l'opposabilité.

905. Ainsi, nous envisagerons successivement trois cas. D'abord, nous nous questionnerons sur l'opposabilité de la convention d'arbitrage en présence des mécanismes de garantie (§1) ; en présence d'une restriction des effets de la convention d'arbitrage par les parties ou par le tribunal arbitral (§2) et enfin, lorsque le tiers intervient d'une manière neutre au contrat principal ou que sa situation d'impécuniosité ne lui permet pas d'être attiré à l'arbitrage, même s'il en est tout à fait « *attrayable* »¹³⁵³ à celui-ci (§ 3).

§1 L'inopposabilité de la convention d'arbitrage en présence d'une garantie

906. Il ne s'agit pas ici de traiter toutes les garanties puisque le domaine est très vaste et englobe outre les sûretés réelles et personnelles, certaines règles propres au régime général de l'obligation telles que l'exception d'inexécution, la solidarité, ou encore l'action directe. La garantie se définit de manière générale comme « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire* »¹³⁵⁴. Nous ne nous intéresserons ici qu'aux mécanismes qui permettent au créancier de se prémunir contre le risque d'insolvabilité de son débiteur en obtenant contre ce dernier un droit personnel. C'est le cas des sûretés personnelles dont on n'examinera ici que deux

¹³⁵³ Néologisme pour désigner une personne que l'on peut parfaitement attirer à l'arbitrage.

¹³⁵⁴ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 484, *v. garantie*.

types, à savoir la caution et la garantie autonome. Ces deux instruments contractuels viennent s'ajouter au rapport d'obligation et donc au contrat principal sans en être la conséquence¹³⁵⁵. La caution ou la garantie autonome « *adjoignent au débiteur un garant obligé pour un autre* »¹³⁵⁶. Cette adjonction offre un rapport triangulaire et une possibilité d'étendre la clause compromissoire à tous les protagonistes.

907. Ainsi se pose la question suivante : la caution ou le garant autonome sont-ils tenus par la convention d'arbitrage conclue entre le créancier et le débiteur ? Bien que la réponse à cette question soit particulièrement difficile du fait de l'incohérence des solutions jurisprudentielles et de la très grande division doctrinale, il est fort probable que le droit actuel des sûretés, réformé par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 et rentré en vigueur le 1er janvier 2022, soit favorable à l'idée d'une extension de la convention d'arbitrage à la caution. Nous verrons que cette possibilité n'est pas à exclure, car la réforme actuelle a opéré un changement qui est de nature à remettre en question certaines positions et opérer une évolution notoire. Mais pour l'heure, il sera question du droit antérieur et nous envisagerons donc successivement les cas d'inopposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard de la caution (A) et du garant autonome (B).

A. *L'inopposabilité de la clause d'arbitrage à l'égard de la caution*

908. Au regard de l'alinéa 1^{er} du nouvel article 2288 du Code civil : « *Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci* »¹³⁵⁷. Le cautionnement est le contrat par lequel la caution s'engage envers le créancier, à titre de garantie, à remplir l'obligation du débiteur principal au cas où ce dernier ne l'exécuterait pas¹³⁵⁸. Bien qu'elle soit une convention bilatérale, la caution s'insère dans un rapport d'obligation à trois personnes, sans que cette réalité affecte la qualité de tiers de la caution par rapport au contrat principal¹³⁵⁹.

¹³⁵⁵ Laurent AYNES, Pierre CROCQ, *Droit civil. Les Sûretés. La publicité foncière*, éd. 5^{ème}, Defrénois, 2011, n° 2.

¹³⁵⁶ V. Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 635, p. 565 et s.

¹³⁵⁷ L'ancienne rédaction du même article disposait que : « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ».

¹³⁵⁸ V. Gerard CORNU, *op. cit.*, p. 155, v. *caution*.

¹³⁵⁹ V. en ce sens : Damien GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001.

909. Cela dit, compte tenu du fait que les sûretés sont des instruments fondamentaux du crédit et une technique de l'économie moderne, la rencontre avec la clause d'arbitrage, mode habituel de résolution de conflits que l'on retrouve dans les rapports commerciaux, est inévitable. Par conséquent, en cas de litige entre un créancier et son débiteur, la caution peut-elle opposer ou se voir opposer la clause compromissoire insérée au contrat principal ?

910. **La caution invoquant la clause d'arbitrage.** S'agissant de la question de savoir si la convention d'arbitrage peut-elle être invoquée par la caution contre le créancier pour que ce dernier n'agisse pas devant un tribunal étatique, mais bien devant un arbitre pour une demande de paiement de la dette garantie. Bien que la réponse à cette question soit épineuse — car nous pensons que lorsque la caution demande à participer à l'arbitrage, la volonté de cette dernière *de recourir à l'arbitrage*¹³⁶⁰ ne fait aucun doute, c'est d'ailleurs cette même volonté qui est également partagée par le créancier lorsqu'il a consenti à l'arbitrage — il semble que la position de la jurisprudence, et une partie de la doctrine, tend vers une réponse négative. La possibilité de voir la caution se prévaloir de la clause d'arbitrage pour demander à être partie à l'instance arbitrale a été nettement rejetée par la jurisprudence *Merrill Lynch*¹³⁶¹. Plusieurs justifications ont été avancées au sujet de cette jurisprudence. Effectivement, en commentaire de cette décision, M. EL AHDAB relevait trois justifications essentielles. Une première, qui a été explicitement visée par la jurisprudence et tirée du caractère volontaire de l'arbitrage, consiste à faire prévaloir le caractère conventionnel de l'arbitrage sur le caractère accessoire du cautionnement¹³⁶². Les autres justifications de source doctrinale, soutenant la solution de l'arrêt *Merrill Lynch*, insistent sur le fait que la caution ne peut invoquer la clause, car le rapport de cautionnement ne saurait être assimilé à un cas de figure d'extension de la clause compromissoire¹³⁶³ ; et la clause ne saurait être considérée comme une exception inhérente à la dette pour que la caution puisse l'opposer en tant qu'exception¹³⁶⁴.

911. C'est sur ce dernier point que le revirement pourrait s'opérer dans l'avenir. En effet, l'ancien article 2313 du Code civil disposait que : « *La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes*

¹³⁶⁰ C'est la volonté de recourir à l'arbitrage de manière générale qui est visée ici et non la volonté de souscrire à la convention d'arbitrage que le créancier et le débiteur ont signé.

¹³⁶¹ Cass. com., 22 nov. 1977, *Rev. arb.*, 1978, p. 461, note FOUCHARD.

¹³⁶² Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 655, p.577.

¹³⁶³ *Ibid.*, n° 657, p.578.

¹³⁶⁴ *Ibid.*, n° 660, p. 581.

à la dette. Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ». Alors que le nouvel article 2298 du Code civil dispose désormais que : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur ». Dans le droit antérieur, et puisqu'il était difficile de savoir si une clause compromissoire se présente comme une exception inhérente à la dette ou une exception personnelle au débiteur — ce qui implique que dans la première la caution peut l'opposer au créancier, alors qu'il lui est impossible dans la seconde —, il semble, vu le refus de l'extension, que l'on a privilégié la seconde considération et on a donc fait de la clause d'arbitrage, et des clauses processuelles de manière générale, une exception purement personnelle au débiteur que la caution ne peut opposer au créancier, à l'instar de ce qui a été décidé pour une clause de conciliation préalable¹³⁶⁵. D'autres auteurs en revanche considèrent la clause d'arbitrage comme une exception inhérente à la dette et qu'il n'est pas impossible de voir la caution s'en emparer pour l'opposer au créancier. Enfin, certains auteurs considèrent la clause d'arbitrage comme une exception de procédure qui n'a pas d'effet sur le droit substantiel ; elle est neutre¹³⁶⁶ et supposons même que celle-ci soit invoquée par la caution et que les parties soient devant l'arbitre, la caution ne peut échapper à son obligation de payer la dette. Cela dit, avec les nouvelles dispositions de l'article 2298 du Code civil, il nous semble que la solution tend plutôt vers une autorisation de l'invocation par la caution de la clause, car la clause compromissoire peut être opposée en tant qu'exception au créancier, que celle-ci soit une exception inhérente à la dette, exception purement personnelle au débiteur, ou une exception de procédure, puisque neutre.

912. On admettait par ailleurs qu'une caution ne puisse intervenir de son plein gré à l'arbitrage, à moins qu'elle y ait été invitée en recueillant le consentement de toutes les parties à l'instance arbitrale¹³⁶⁷. Ainsi, à partir de ces solutions, le droit positif distinguait entre les deux sources d'obligations, à savoir le contrat de base et le contrat de cautionnement. En vertu du droit commun, cette solution coule de

¹³⁶⁵ V. en ce sens le rapprochement avec la clause de conciliation préalable : Cass. com, 13 oct. 2015, n° 14-19.734. Dans cette affaire, la cour a jugé : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de conciliation, obligatoire et préalable à la saisine du juge, ne concerne, lorsqu'une telle clause figure dans un contrat de prêt, que les modalités d'exercice de l'action du créancier contre le débiteur principal et non la dette de remboursement elle-même dont la caution est également tenue, de sorte qu'elle ne constitue pas une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». V. également : l'avis de M. Loquin qui considère que la clause d'arbitrage n'est pas une exception inhérente à la dette, in, Éric LOQUIN, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.*, 1994, n° 21 et s., p. 235.

¹³⁶⁶ V. en ce sens : Éric LOQUIN, *op. cit.*, n° 23, p. 246 ; Charles LEGROS, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, n° 392 et s., p. 391 et s.

¹³⁶⁷ CA Paris, 8 mars 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 567, *obs.* LEGROS.

source. Au nom du principe de l'effet relatif des contrats, les effets de la clause d'arbitrage doivent être cantonnés à la seule sphère du débiteur et du créancier, à moins que la caution ait accepté d'être introduite à l'instance et que les parties aient consenti à son inclusion — alinéa 1^{er} de l'article 2061 du Code civil —.

913. Le créancier invoquant la clause contre la caution. S'agissant maintenant du chemin inverse, les parties, et spécialement le créancier, peuvent-elles opposer à la caution la clause d'arbitrage contenue dans leur contrat de base ? La réponse à cette question est, au regard du principe de l'effet relatif, négative. Néanmoins, plusieurs facteurs viennent remettre en doute cette conclusion. En se fondant sur le caractère accessoire du cautionnement et sur les solutions jurisprudentielles, que l'on a évoquées plus haut, relatives à la transmission et à l'extension de la convention d'arbitrage, on se demande finalement s'il serait envisageable d'évoluer sur la question en permettant l'attraction de la caution à la procédure arbitrale, surtout en présence d'une caution solidaire. Répondre par l'affirmative permettrait à toutes les parties concernées par le litige, y compris la caution, de présenter leurs contentieux devant une seule instance, dans le cas contraire, il y aura nécessairement deux instances différentes, l'une portée devant le tribunal arbitral, l'autre devant le tribunal étatique.

914. Une partie de la doctrine y est favorable, mais elle est circonspecte quant à l'idée de fonder l'attraction de la caution sur le critère de l'accessoriété du cautionnement¹³⁶⁸. Il est tout à fait possible de considérer la caution comme liée par la clause d'arbitrage si l'on se réfère au caractère accessoire du cautionnement, d'autant plus qu'une ancienne jurisprudence fut prononcée en ce sens en jugeant dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation de 1976¹³⁶⁹ qu'une clause attributive de juridiction était applicable à la caution. En réalité, cette jurisprudence a connu un revirement en 1999 dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles¹³⁷⁰. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que la caution « *qui est étrangère à la convention [contrat de base] ne saurait se voir opposer la clause attributive de juridiction qu'elle contient et dont il n'est aucunement démontré qu'elle l'a acceptée* ». Pour renforcer son argument, la cour ajouta que : « *le contrat de cautionnement demeure un contrat autonome qui obéit à ses règles*

¹³⁶⁸ À l'exception d'une autrice, Rana CHABAAN, « *Clause d'arbitrage et cautionnement* », *Rev. arb.*, 2007, p. 721, qui pense que le caractère accessoire du cautionnement pourrait au moins, s'il n'est pas possible d'invoquer la clause compromissaire *contre* la caution en vertu de la relativité, être invoqué *par* la caution au regard du principe posé par l'article 2313 du Code civil, à savoir l'opposabilité des exceptions appartenant au débiteur et inhérentes à la dette — l'autrice considère donc que la clause d'arbitrage est une exception inhérente à la dette —. Or, comme on l'a souligné plus haut, les clauses procédurales ne sont pas inhérentes à la dette.

¹³⁶⁹ Cass. soc., 14 janv. 1976, *Bull. civ. V*, n° 25 ; *JDI* 1977, p. 495, note LYON-CAEN.

¹³⁷⁰ CA Versailles, 14 janv. 1999, n° 28.4098, *Juris-Data* n° 40329.

propres pour tout ce qui est étranger à sa fonction de sûreté ; qu'il en est notamment ainsi en ce qui concerne les règles de compétence gouvernant les litiges qu'il peut engendrer ».

915. Au surplus et partageant le constat de M. SIMLER¹³⁷¹ et M. LOQUIN¹³⁷², le caractère accessoire ne remet pas en cause la qualité de tiers de la caution par rapport au contrat principal, même lorsque celle-ci est solidaire¹³⁷³. Ainsi, le contrat de cautionnement est accessoire seulement dans la limite de sa fonction de garantie, au-delà de cette fonction, il doit être distinct du contrat principal. Une clause processuelle, que ce soit une clause attributive de juridiction, de conciliation préalable ou d'arbitrage, est normalement étrangère à la fonction de garantie. Cette solution est également retenue par plusieurs droits étrangers¹³⁷⁴.

916. En revanche, au regard des solutions dégagées des mécanismes translatifs¹³⁷⁵ et extensifs de droits, la solution du cantonnement des effets de la clause d'arbitrage aux seules parties contractantes — débiteur et créancier — peut évoluer, surtout lorsque la caution s'implique dans l'exécution du contrat de base. En effet, la question se pose spécialement pour le dirigeant de société qui, pour les besoins financiers de la société, se porte caution des dettes de celle-ci ou encore lorsqu'une société mère se porte caution des engagements de l'une de ses filiales. Compte tenu des solutions d'extension relatives au groupe de contrats ou de sociétés et fondées sur l'implication du tiers au contrat, il n'est pas impossible de retenir cette extension, surtout en matière internationale où la jurisprudence s'est montrée beaucoup plus libérale. C'est ce que nous verrons en détail dans un titre qui traitera de la possibilité de reconsidérer la question de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard de la caution et du garant autonome¹³⁷⁶.

917. Pour précision et avant d'entamer le cas de la garantie autonome, si la convention d'arbitrage est inopposable à la caution, la sentence rendue contre le débiteur lui est, en revanche, opposable, et cela, en vertu du principe de l'autorité de

¹³⁷¹ Jean-Baptiste RACINE, « Arbitrage et cautionnement en droit français », *CAPJIA* 2010, n° 7, p. 353, l'auteur cite Philippe SIMLER : « Si l'engagement de la caution a pour objet la dette même du débiteur principal, il procède cependant d'un contrat distinct, qui obéit à ses règles propres pour tout ce qui ne touche pas directement à la fonction de sûreté », in, *Cautionnement et garanties autonomes*, éd. 3^{ème}, Litec, 2000, n° 50, p. 48.

¹³⁷² Pour Éric LOQUIN : « Le caractère accessoire du cautionnement ne doit pas faire perdre de vue l'absence d'identité des deux engagements », in, *Arbitrage et cautionnement*, *op. cit.*, n° 2.

¹³⁷³ *Ibid.*, n° 8, cite également Philippe SIMLER qui affirme que : « Le cautionnement solidaire reste un cautionnement ».

¹³⁷⁴ V. par exemple : TF 19 août 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 842, *obs.* TSCHANZ et FADLALLAH ; *aff. Crundsatt v. Ritt*, 106 F 3d 201 (7th Cir. 1997) cité par J.D.M. LEW, L. A. MISTELIS, S.M. KRÖLL, *comparative International commercial Arbitration*, *Kluwer Law International*, 2003, n° 7 — 48, p. 145, cité par *Id.*

¹³⁷⁵ On exclut ici les mécanismes translatifs, puisque le cautionnement n'est pas une opération translatrice (Cf Cécile LEGROS, *L'arbitrage et les opérations à trois personnes*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Martine BEHAR-TOUCHAIS, Rouen, 1999, n° 390, p. 389). Ce qui signifie qu'aucun droit n'est cédé ou transféré du contrat principal à la caution.

¹³⁷⁶ V. *infra* n° 1198 et s.

la chose jugée. La caution peut ainsi opposer au créancier les exceptions qui lui sont propres ou encore soulever l'existence d'une collusion frauduleuse entre le débiteur et le créancier¹³⁷⁷. En outre, la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 5 mai 2015 a ouvert la possibilité pour la caution de former une tierce opposition, après avoir longtemps refusé cette solution¹³⁷⁸.

B. *L'inopposabilité de la clause d'arbitrage à l'égard du garant autonome*

918. Toujours dans la continuité des sûretés personnelles, la garantie autonome est définie par l'article 2321 du Code civil comme : « *L'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* ». Comme pour le cautionnement, la garantie autonome repose sur une relation triangulaire, entre le débiteur que l'on appelle le donneur d'ordre ; le garant qui est le plus souvent une banque et le bénéficiaire, qui est le créancier. Lorsque la garantie est à première demande, la banque du débiteur s'engage à première demande à payer au créancier une certaine somme d'argent dont le montant est déterminé à l'avance. L'opération est en réalité un crédit consenti par avance entre le donneur d'ordre et le garant donnant à ce dernier le droit de recourir au remboursement de son avance. Toutefois, compte tenu de l'autonomie du contrat de garantie par rapport au contrat principal, l'alinéa 3 de l'article 2321 du Code civil ne donne la possibilité au garant de n'opposer aucune exception tirée de l'obligation garantie. À l'exception d'abus ou de fraude manifeste du bénéficiaire, ou encore de collusion de ce dernier avec le donneur d'ordre, dans ces cas le garant n'est pas tenu — alinéa 2 de l'article —. Aussi, dans le dernier alinéa du même article, il est précisé que cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie, cela signifie qu'elle n'est pas susceptible de transmission.

919. À partir de ces éléments, on se pose la question de savoir si le créancier peut opposer au garant la clause d'arbitrage convenue avec le débiteur et insérée au contrat principal. La réponse est, en principe, négative, car de la même façon que la

¹³⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 fév. 1990, JCP 1990, IV, 139, cité par Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, sous note, n° 212, p. 251.

¹³⁷⁸ Cass. com, 5 mai 2015, *Rev. arb.*, 2015, p. 1115, note MIGNOT ; JCP G 2015, 877, n° 6, obs. ORTSCHIEDT ; *RTD com.*, 2016, p. 59, obs. LOQUIN. En se fondant sur les articles 6 § 1 de la CESDH et 1481 du CPC alors applicable, la Cour de cassation retient que : « *Le droit effectif au juge implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier* ».

caution, l'effet relatif interdit que l'on étende au garant les effets d'une clause à la conclusion de laquelle il n'a pas été signataire. Mais avant de développer cette réponse, qui est aussi susceptible d'évolution, rappelons qu'il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles la convention d'arbitrage peut être rencontrée. On pense effectivement à l'hypothèse où la clause d'arbitrage est insérée au contrat principal, mais également à l'hypothèse où la clause est contenue dans un contrat de garantie ou encore dans un contrat conclu entre un débiteur et son garant. S'ajoute à ces hypothèses, plus ou moins complexes, la dimension internationale. En effet, et à la différence de ce qui est pratiqué en matière interne, la garantie autonome en matière internationale fait généralement intervenir, au surplus de la banque du donneur d'ordre — garant de second degré —, une deuxième banque, voire plusieurs selon les parties signataires du contrat garanti. Cette multiplicité de garants s'explique par le fait que le bénéficiaire souhaite toujours être garanti par un banquier avec qui il a l'habitude de traiter, en l'occurrence le banquier de son pays qui est généralement le garant de premier rang.

920. Reprenons la première hypothèse qui est la plus privilégiée de l'insertion¹³⁷⁹, à savoir la stipulation de la clause au contrat de base. En matière interne, c'est l'article 2061 du Code civil dans son alinéa 1, qui rend impossible l'extension de la clause d'arbitrage au garant si ce dernier ne l'a pas acceptée. En matière internationale, la jurisprudence apporte une solution identique, celle d'un rejet constant de l'extension depuis un célèbre arrêt dénommé *Creusot-Loire* en date du 20 décembre 1982¹³⁸⁰. En l'espèce de cet arrêt, la société *Creusot-Loire Entreprises*, chargée de la construction d'une aciérie en Irak, décide de sous-traiter une partie des travaux à la société *Siegfried*. À la suite de ce contrat de sous-traitance, la banque de *Paris et des Pays-Bas* (Paribas) a délivré à la société *Creusot-Loire* une lettre de garantie dans laquelle elle s'engage à première demande à payer toute somme, dans la limite d'un certain montant, réclamée en vertu de ce contrat. En réponse à l'inexécution des travaux par la société *Siegfried*, *Nasib* et la société *Oman* se sont solidairement obligés à contre-garantir *Paribas* qui a refusé de s'exécuter au motif que le sous-traitant contestait la validité du contrat de sous-traitance ainsi que le montant de la créance,

¹³⁷⁹ Bertrand CHAMBREUIL, « Arbitrage international et garanties bancaires », *Rev. arb.*, 1991, p. 33.

¹³⁸⁰ Cass. com., 20 déc. 1982, *Rev. arb.*, 1984, p. 477, note MOREAU ; TC Paris, 8 juillet 1983, *D.* 1984, IR. 92, obs. VASSEUR ; CA Paris, 14 déc. 1987, *Rev. arb.*, 1989, p. 240, note VASSEUR ; CA Paris 25 fév. 1988, *D.* 1989. 150, obs. VASSEUR ; CA Paris, 15 fév. 1989, *D.* 1989. 158, obs. VASSEUR ; CA Paris, 7 juill. 1994, *Rev. arb.*, 1995, p. 107. V. également certaines sentences en ce sens : Sentence CCI n° 3896/1982, *JDI* 1983, p. 914, obs. S.J. : « le tribunal arbitral ne peut en aucune manière, et n'entend pas, trancher un litige quelconque entre les parties à la garantie bancaire ». Cité par Smahane AKHOUAD, *op. cit.*, sous note n° 4, p. 576.

et que tout paiement doit être suspendu tant que le litige qui oppose la société *Creusot-Loire* et la société *Siegfried* n'aura pas été résolu par voie d'arbitrage comme le prévoit la clause compromissoire insérée dans ledit contrat. Après avoir été condamnée par la cour d'appel de Paris à payer la somme garantie, la banque *Paribas* s'est pourvue en cassation. Devant la chambre commerciale, la banque relève que l'engagement par lequel un tiers s'engage à payer à un créancier les dettes résultant d'un contrat auquel il est lui-même étranger, en se réservant un recours contre le débiteur de ces dettes, constitue nécessairement un contrat de cautionnement, ce qui, selon la banque, lui donne le droit d'opposer au créancier les exceptions inhérentes à la validité même du contrat. La Cour de cassation, venant confirmer la position de la cour d'appel, ne retient pas ces arguments et précise que la garantie engagée par la banque « *ne constituait pas un cautionnement, mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir, en l'état, des exceptions que la société Siegfried pouvait opposer à la société Creusot-Loire, tenant à l'inexécution du contrat les unissant* ». Ensuite, elle annonce dans la deuxième espèce que : « *la convention d'arbitrage incluse dans le contrat de base ne pouvait avoir d'influence sur l'application de la lettre de garantie* », et que, même si l'engagement de la banque avait pour cause le montant de base, la nullité alléguée, en l'état, de cet engagement ne l'autorise pas à se soustraire de son obligation qui est de garantir à première demande le paiement de la somme demandée et convenue par avance.

921. C'est donc en raison de l'autonomie de l'engagement du garant par rapport au contrat principal que la Cour de cassation en a logiquement déduit un principe d'inopposabilité des exceptions et cette inopposabilité s'applique également à la convention d'arbitrage. Le garant ne pouvait donc se prévaloir de la convention d'arbitrage. L'inverse est tout aussi vrai : les parties ne peuvent opposer la convention d'arbitrage au garant. La même solution d'inopposabilité est également admise lorsque la convention d'arbitrage est insérée dans la garantie autonome conclue entre le garant et le débiteur. En effet, le donneur d'ordre ne peut être ni attiré¹³⁸¹ à l'arbitrage ni l'invoquer¹³⁸². Cette solution vaut également pour le bénéficiaire lorsque la convention d'arbitrage est insérée dans la garantie autonome et conclue entre le garant et le donneur d'ordre.

922. Ceci étant dit, on pourrait cependant s'interroger, comme on a pu le faire pour le cautionnement, sur la pérennité de cette solution en matière internationale

¹³⁸¹ CA Paris, 25 fév. 1988, D. 1989, IR. 150, obs. VASSEUR.

¹³⁸² CA Paris, 14 déc. 1987, Rev. arb., 1989, p. 240, note VASSEUR.

lorsqu'il s'agit des groupes de contrats ou de sociétés liant parties et sociétés différentes. Pouvons-nous, en nous fondant sur le critère de l'implication, assister à une extension de la clause d'arbitrage insérée dans le contrat de base à la garantie de laquelle une personne, physique ou morale, est à la fois garante et dirigeante de la société bénéficiaire — cas de la société mère — ? Là encore, il n'est pas impossible d'aller dans le sens d'une solution beaucoup plus libérale. En témoigne d'ailleurs un arrêt de la cour d'appel dans lequel il a été jugé que la personne signataire du contrat de cession en qualité de représentant d'une partie, et en même temps garant de ce contrat, peut se voir opposer la clause compromissoire qui y figure, et ce, peu importe que ce fût à titre de garant et non de cédant¹³⁸³. Certainement, c'est en raison du consentement donné qu'une telle extension est rendue possible ; la transposition de cette solution au cas du dirigeant ou de la société mère serait possible si l'on considère que ces derniers ont accepté les deux conventions. Mais dans l'attente d'une évolution franche sur cette question, la solution qui est admise aujourd'hui est celle de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage en présence d'une garantie autonome que celle-ci soit insérée dans un contrat principal ou dans la garantie elle-même.

923. En conclusion, avec les deux exemples qu'on vient de citer, l'opposabilité est certes neutralisée, même si l'on n'est pas à l'abri d'une évolution, mais ce n'est pas les seuls cas qui participent à un cantonnement des effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers. Il suffit que les parties prévoient au préalable une interdiction de transmettre ou d'étendre la convention d'arbitrage ou que celle-ci soit limitée par l'intervention des arbitres au moment de l'instance, pour voir l'opposabilité paralysée. C'est ce que nous examinerons dans les développements qui vont suivre.

§2 L'inopposabilité de la convention d'arbitrage en raison des limites convenues par les parties et fixées par les arbitres

924. Division. Nous venons de conclure l'idée précédente en disant que la caution et le garant autonome ne peuvent ni invoquer la convention d'arbitrage ni être attirés à ses effets, à moins qu'ils aient accepté, au surplus du consentement des parties à l'accord principal, d'aller devant l'arbitre. C'est donc à partir de la volonté

¹³⁸³ CA Paris, 21 janv. 2014, *Rev. arb.*, 2014, p. 711, *obs.* DEBOURG.

commune de tous les litigants que l'attraction d'un tiers à l'arbitrage est possible. Par analogie, c'est par cette même volonté que les parties peuvent décider, *ab initio*, l'exclusion des tiers de l'effet de la convention d'arbitrage (A). Il arrive parfois que les parties soient en désaccord sur l'application même de l'extension de la convention d'arbitrage, dans ce cas les arbitres peuvent intervenir afin de tracer une série de limites pouvant empêcher l'extension de l'arbitrage aux tiers (B).

A. *Le cantonnement des effets de la convention d'arbitrage convenu ab initio par les parties*

925. Inopposabilité en raison de la volonté contraire à l'extension ou à la transmission. L'arbitrage est avant tout une justice conventionnelle qui suppose un accord de volonté ; que la convention d'arbitrage soit prévue avant ou après le litige, les parties sont libres de prévoir les modalités et les dispositions qu'elles jugent nécessaires à l'organisation de leur arbitrage, y compris les dispositions limitant le rayonnement des effets de leur convention. Si les parties ne formulent aucune volonté contraire à l'extension ou à la transmission, la convention d'arbitrage sera opposable aux tiers suivant les conditions et modalités que nous avons mises en exergue précédemment, c'est-à-dire l'implication dans la formation, l'exécution, à l'anéantissement du contrat principal ou selon les mécanismes translatifs de droits. En revanche, dans le cas où elles prévoient explicitement ou implicitement de cantonner les effets de leur convention, celle-ci ne concernerait alors que les parties signataires. M. FADLALLAH disait à ce propos que : « *Il n'est pas exclu que l'on voie apparaître une limitation expresse des clauses aux signataires, à l'exclusion de toute autre société de groupe* »¹³⁸⁴. C'est ce qui a été retenu d'ailleurs dans une sentence CCI n° 6000 de 1988. Dans cette affaire, les arbitres affirmaient clairement que : « *Il est largement admis en vertu d'un usage du commerce international que lorsqu'un contrat contenant une clause d'arbitrage est signé par une société appartenant à un groupe de sociétés, la ou les autres sociétés du groupe impliquées dans la conclusion, l'exécution et/ou la résiliation du contrat sont liées par la clause d'arbitrage, à condition que la volonté commune des parties n'exclue pas une telle extension* ».

¹³⁸⁴ Ibrahim FADLALLAH, « *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés* », *op. cit.*, n° 40, p. 118.

926. Dans une autre sentence CCI¹³⁸⁵ rendue deux ans plus tôt, le tribunal arbitral exclut l'attraction d'une société, qui avait pourtant participé à la négociation et à l'exécution d'un contrat, en raison d'une stipulation au contrat de cession. La société en question avait cédé ses droits et obligations à une autre société. L'acte de cession contenait une disposition qui stipulait que *toute sentence rendue à l'encontre de la société cessionnaire serait opposable à la société cédante*. Cette stipulation signifie que la société cédante ne devait pas participer à l'arbitrage, même si une sentence future devait lui être opposable. De la même façon et conformément à la stipulation *ab initio* de la volonté contraire, les parties peuvent également empêcher directement ou indirectement la transmission de la convention d'arbitrage.

927. La volonté des parties doit aussi s'exprimer lorsque les co-contractants prévoient deux clauses différentes en présence d'une imbrication contractuelle. On pense à la situation de deux contrats qui seraient unis par un objectif commun, mais que l'un prévoit une clause d'arbitrage et l'autre une clause d'élection de for. Dans de pareille concurrence de clauses, le tribunal arbitral n'est en principe pas compétent pour se prononcer sur les litiges qui peuvent naître à l'occasion des deux contrats, mais doit tenir compte de la volonté des parties en acceptant de se prononcer sur le premier contrat et refuser l'examen du second¹³⁸⁶.

928. Notons que l'hypothèse de prévoir de manière anticipée et explicitement une volonté contraire à l'extension est très peu courante en pratique¹³⁸⁷. En revanche, ce qui est diffus, c'est la volonté implicite d'exclure l'extension déduite de l'existence de certaines dispositions contractuelles. En désignant, par exemple, une loi applicable à la procédure ou/et en choisissant un pays déterminé pour le siège de l'arbitrage, qui en application des règles impératives propres à ce pays empêcherait l'extension, les parties auraient convenu implicitement de faire échec à toute attraction d'une tierce personne.

929. Conformément aux stipulations et dispositions contractuelles prévues préalablement à la formation, les parties rendent donc l'arbitrage inopposable aux tiers. Mais elles ne sont pas les seules à pouvoir limiter l'accès à l'arbitrage, car il se peut que l'arbitre au moment de l'instance décide d'empêcher l'attraction des tiers au litige qu'il a pour mission d'instruire.

¹³⁸⁵ Sentence CCI n° 4504, 30 déc. 1986, *JDI* 1986, p. 1118 et s., *obs.* S.J.

¹³⁸⁶ V. en ce sens : CA Paris, 9 déc. 1987, (*G.I.E Acadi c./Société Thomson-Answare*), *Rev. arb.*, 1988, p. 573 ; Sentence n° 4392/1983, *Clunet*, 1983, p. 907, *obs.* DERAÏNS.

¹³⁸⁷ V. en ce sens : l'intervention de M. VASEUR, *in*, « Arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988, p. 497 et s.

B. *La restriction des effets de la convention d'arbitrage fixée par le tribunal arbitral*

930. Pour qu'une sentence soit exécutée sur le territoire du siège de l'arbitrage, les arbitres doivent veiller à ce que celle-ci ne heurte pas l'ordre public international du siège. Cette exigence est d'ailleurs prévue dans l'article 1520, 5°, à l'alinéa 2 de l'article, ainsi qu'à l'alinéa 1 de l'article du CPC. Si une sentence est contraire à l'ordre public international français, sa reconnaissance est susceptible d'annulation par les juges d'appel. En ce sens, l'arbitre, soucieux de l'efficacité de sa sentence, est invité à la prudence surtout lorsqu'il s'agit des prétentions, avancées par les parties, qui pourraient apparaître contraires à l'ordre public international. Cette problématique se rencontre souvent au sein des groupes de contrats ou de sociétés. Pour pouvoir étendre l'arbitrage *rationae materiae* ou *rationae personae*, l'arbitre doit justifier sa décision en faisant pencher le principe de l'unité économique entre les contrats ou sociétés sur le principe de l'effet relatif ou celui de l'indépendance de la personnalité juridique des sociétés.

931. Un tel raisonnement met l'accent sur la question de la preuve. À ce propos, M. FADLALLAH disait que : « *La charge de la preuve doit incomber à celui qui invoque l'extension de la clause à un non-signataire ; la seule existence du groupe ne saurait suffire à renverser la charge de la preuve* ». Effectivement, tant que la preuve qui conduirait le tribunal arbitral ou le juge étatique à se prononcer en faveur de l'unité économique, et qui justifierait l'implication du tiers à l'exécution du contrat principal, n'est pas apportée par celui qui invoque l'extension, il appartient alors à l'arbitre ou au juge d'annulation de privilégier le principe d'indépendance juridique des sociétés pour restreindre l'arbitrage aux seules parties signataires. C'est ce qui a été jugé en appel dans une affaire dénommée *Swiss Oil*.

932. En l'espèce, une convention d'achat et de vente de pétrole a été conclue entre la République du Gabon et la société *Swiss Oil Corporation*. La convention en question prévoyait, le prix de vente, les quantités de pétrole ainsi que le planning de livraison. Les parties ont prévu également une clause d'arbitrage stipulant que tous les litiges et différends qui peuvent survenir de ladite convention seront tranchés à Paris conformément aux règlements de la CCI. À la suite d'une baisse mondiale du prix du pétrole, des difficultés liées au prix et aux quantités à livrer sont nées entre les parties. Un avenant au contrat a été convenu entre les parties et intervenu entre

l'État gabonais et la société *Swiss Oil*. La société *Petrogab* participait aux discussions menées au côté de l'État gabonais. Cet avenant contenait, parmi plusieurs points, un paiement de 10 % du prix du pétrole pour chaque enlèvement à la société *Petrogab*. Après quelques mois, la société *Swiss Oil* et l'État du Gabon n'ont pu se mettre d'accord sur une formule de détermination du prix ; *Swiss Oil* a donc refusé de payer une partie du prix des enlèvements et l'État gabonais a cessé donc toute livraison. Suite aux tentatives infructueuses de solutions amiables pour mettre fin à ce désaccord, la société *Swiss Oil* saisit la Cour d'arbitrage de la CCI de Paris et demande la condamnation de l'État gabonais et la société *Petrogab* à lui payer diverses indemnités. La République du Gabon a conclu au rejet de la demande et a formulé une requête pour le paiement des livraisons de pétrole effectuées, mais non encore réglées par la *Swiss Oil*. La société *Petrogab*, quant à elle, soulevait l'incompétence du tribunal arbitral — la société argue le fait qu'elle n'est pas signataire de la clause compromissoire —, contrairement à la société *Swiss Oil* qui plaidait que la société *Petrogab* et l'État gabonais constituaient « *un groupe auquel doit s'appliquer la jurisprudence arbitrale relative à l'extension de la clause d'arbitrage aux sociétés d'un même groupe* ».

933. Les arbitres n'ont pas accueilli favorablement cet argument et ont ordonné par une sentence du 3 avril 1987¹³⁸⁸ que *Petrogab* n'était pas liée par la clause compromissoire. Les arbitres avaient justifié leur décision en rappelant plusieurs points essentiels : d'abord, la théorie de groupe de sociétés, qui fait prévaloir la réalité économique sur l'indépendance purement juridique de sociétés distinctes, est propre au droit commercial. Or, « *l'organisation de l'État, les relations qu'il entretient avec les entités qui dépendent de lui, constituent un phénomène politique ressortissant au droit public et interdisent de les assimiler à un groupe de sociétés. Il se pourrait que, dans certaines circonstances, des considérations propres à ces relations amènent à considérer, par exemple, qu'une société d'État, constituée pour assurer l'exécution d'un contrat par l'État lui-même, était liée par la clause d'arbitrage figurant dans ce contrat. En l'espèce, les circonstances sont bien différentes* ».

934. Cette solution sera confirmée en appel, tout en rappelant la théorie de groupe de sociétés, en relevant « *que les éléments du dossier ne permettent pas de retenir l'existence entre la République gabonaise et la société commerciale Petrogab de liens tels qu'ils*

¹³⁸⁸ Sentence CCI n° 4727, 1987.

puissent être considérés comme constituant une unité économique unique autorisant l'extension de la clause compromissoire à Petrogab »¹³⁸⁹.

935. Même si l'on constate une participation de la société *Petrogab* aux discussions relatives à l'avenant du contrat et quoique la clause compromissoire ait contenu une formulation précisant que « *la République gabonaise reconnaît que le présent contrat commercial international est conclu par elle en sa capacité commerciale* », les arbitres sont restés prudents et ne se sont pas autorisés la mission d'étendre les effets de la clause d'arbitrage à un non-signataire. De la même façon, les arbitres pourraient être amenés à fixer certaines limites à l'extension en mobilisant la voie de l'interprétation. Dans certaines sentences, les arbitres sont allés jusqu'à considérer la théorie du groupe de sociétés comme étant une fiction juridique dénuée de pertinence et qu'ils ne pouvaient s'en prévaloir pour fonder l'extension¹³⁹⁰.

936. Pour conclure, dans les deux situations qu'on vient d'évoquer, l'extension des effets de la convention d'arbitrage dépend indéniablement de la volonté des parties, qui se manifeste par le fait de ne pas prévoir expressément ou implicitement des dispositions tendant à exclure toute extension ou transmission de la convention d'arbitrage, mais également de l'immixtion nette d'une tierce personne dans la formation, l'exécution ou la résiliation du contrat contenant la clause. En dehors de ces limites à l'extension convenues par les parties ou fixées par l'arbitre, il arrive parfois que des personnes tierces interviennent au contrat, mais ne soient pas attirées à l'arbitrage en raison de leur intervention neutre, ou encore lorsqu'elles ne sont pas capables de faire face au coût très élevé de l'arbitrage.

§3 L'inopposabilité de la convention d'arbitrage légitimée par la position du tiers

937. **Neutralité et impécuniosité du tiers : deux positions susceptibles de faire échec à l'opposabilité de la convention d'arbitrage.** Ce sont bien évidemment ces deux situations qui seraient en état de paralyser le rayonnement de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers. En intervenant de manière neutre au contrat, le tiers ne doit exercer en principe aucune influence sur l'engagement des parties ; sa mission

¹³⁸⁹ CA Paris, 16 juin 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 309, note JARROSSON.

¹³⁹⁰ V. en ce sens : la sentence CCI n° 5730/1988 et sentence CCI n° 4392, 1983, *JDI* 1983, p. 907, obs. DERAIS.

poursuit un but désintéressé¹³⁹¹. En adoptant cette position de neutralité, le tiers ne peut ni demander à être attiré à l'arbitrage ni se voir contraint d'y participer : c'est ni plus ni moins le principe de la relativité des conventions (A). Dans l'autre position, le tiers est parfaitement « *atrayable* » à l'arbitrage en raison de son implication active au contrat, sauf que le manque de ressources financières ne lui permet pas d'y répondre favorablement. Cette situation d'impécuniosité, considérée comme une position de faiblesse¹³⁹², contribue à la paralysie de l'arbitrage à l'égard du tiers ; une attraction de ce dernier ne peut qu'aggraver encore plus sa situation financière et accentuer le risque d'insolvabilité (B).

A. *L'inopposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du tiers neutre*

938. L'intervention neutre du tiers est l'attitude qui commande à ne s'immiscer dans un engagement que dans un rôle précis exempt de toute motivation économique qui pourrait être qualifiée d'intérêt premier pour l'intervenant. C'est ainsi le cas, par exemple, du mandataire judiciaire venant au profit des créanciers, en l'occurrence le liquidateur judiciaire (1), qui n'a pour mission que de veiller à ce que les créanciers obtiennent paiement, contrairement au mandataire judiciaire venant au profit du débiteur qui, dans le but de l'assister, endosse la qualité d'administrateur et de gestionnaire temporaire de l'entreprise en difficulté. La neutralité se manifeste également dans le cas d'une représentation parfaite du tiers qui, là encore, n'a de prérogatives que celles données par le représenté (2). On pourrait également citer l'exemple de l'immixtion du juge ou encore de certaines institutions de l'État qui, en raison de leur rôle de contrôle, garantissent la sécurité juridique des actes conclus. Cela dit, nous nous contenterons des deux premiers cas cités.

1. *L'inopposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du liquidateur judiciaire*

¹³⁹¹ On parle de toute évidence d'un désintéressement économique *personnel*, car il n'y a aucun doute que le l'intervention du liquidateur venant au profit des créanciers, ou encore celle du représentant parfait qui agit au nom et pour le compte d'autrui, cas que nous allons mettre en exergue dans les développements à venir, peuvent œuvrer dans un contexte économique, mais ils excluent toute idée préconçue de profit.

¹³⁹² V. en ce sens : Maximin DE FONTMICHEL, *Le faible à l'arbitrage*, *op. cit.*

939. L'articulation entre arbitrage et procédure collective¹³⁹³. Dire qu'une convention d'arbitrage est susceptible d'attirer à ses effets procéduraux un organe de la procédure collective, en l'occurrence le mandataire judiciaire, doit nous conduire d'abord à nous interroger sur l'articulation entre arbitrage et procédure collective. Bien qu'ils partagent un point commun qui est l'organisation des relations commerciales, il semble que les deux droits soient incompatibles. Effectivement, l'un incarne la souplesse, puisqu'il permet aux parties de choisir de manière conventionnelle un règlement privé de leurs litiges ; l'autre est un droit spécial beaucoup plus rigide et strict, car fondé sur des considérations d'ordre public. Aussi, les deux droits poursuivent des objectifs opposés : l'objectif prioritaire des procédures collectives étant la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté, la sauvegarde de l'emploi et l'apurement du passif, autrement dit, c'est l'intérêt *collectif* qui prime, tandis que l'arbitrage rejette toute idée de collectivisation et cherche plutôt la protection des intérêts privés. Partant de ces éléments, les règles de la procédure collective prévalent sur les règles de l'arbitrage ; ce qui implique la concentration du contentieux lié à la procédure collective entre les mains du juge de la procédure.

940. Mais là encore, la solution doit être nuancée. En effet, le droit des procédures collectives n'est pas opposé à ce qu'une partie signataire de la convention d'arbitrage, et concernée par la procédure, puisse invoquer l'arbitrage contre son co-contractant ou à l'égard des tiers. Ici aussi, il convient de distinguer entre les litiges ayant pour objet la procédure collective et les règles procédurales à suivre au cours de l'instance arbitrale en cas de procédure collective ouverte à l'égard de l'une des parties.

941. En ce qui concerne les litiges relatifs à la procédure collective, comme prononcer par exemple la sauvegarde, la mise en redressement ou en liquidation judiciaire, l'arbitre est résolument incompétent sur ces questions¹³⁹⁴. Cette

¹³⁹³ V. En ce sens, Pascal ANCEL, « Arbitrage et procédures collectives », *Rev. arb.*, 1983, p. 255 ; Pascal ANCEL, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.*, 1987, p. 127 ; Philippe FOUCHARD, « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.*, 1998, p. 471 ; Sarah ACHILLE, « Efficacité de la clause compromissoire et procédures collectives », *CAPJIA*, 2015, p. 303 ; Bruno CRESSARD, « États des lieux de l'articulation de deux fortes têtes du droit des affaires », la lettre de l'AFA, n° 28, juill. 2018.

¹³⁹⁴ En vertu de l'article R. 662-3 du Code de commerce : « Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal judiciaire ». Quant à la jurisprudence, celle-ci affirme la compétence exclusive du juge de la procédure collective et a jugé de manière constante que : « pour connaître des contestations nées de la procédure collective ou sur lesquelles cette procédure exerce une influence juridique ». V. Par exemple, Cass. com., 19 mai 1987, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *Rev. arb.*, 1988, p. 144, note ANCEL ; Cass. com., 8 juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 233.

incompétence englobe également les questions relatives au dessaisissement du débiteur, à la nullité des contrats conclus pendant la période suspecte, ou encore les sanctions spécifiques qui sont susceptibles d'atteindre un dirigeant. En d'autres termes, l'arbitre est incompétent en ce qui concerne les contestations qui n'auraient pas pu prendre naissance si le débiteur ne se trouvait pas dans l'une des phases de la procédure collective¹³⁹⁵. En réalité, cette solution trouve son origine dans une jurisprudence très ancienne, dans laquelle la Cour de cassation a considéré que lorsque la contestation trouve sa cause « *dans des faits ou dans des contrats antérieurs à la faillite et se serait produit de la même façon en dehors d'elle* »¹³⁹⁶, l'arbitrage n'est pas exclu, notamment lorsque le litige porte sur « *l'exécution d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure collective, et qui se serait produit pareillement sans l'intervention de cette procédure* »¹³⁹⁷. En d'autres termes, l'arbitre reste compétent pour tous les litiges de nature contractuels *ordinaires*. Toutefois, deux temps de procédure doivent être distingués.

942. D'abord, lorsque l'instance arbitrale est déjà en cours au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, c'est-à-dire lorsqu'une partie, en particulier le créancier, a d'ores et déjà saisi le tribunal arbitral d'une contestation relative à une créance. En vertu des articles combinés L. 622-21 et L. 622-22 du Code de commerce, la procédure arbitrale est interrompue. Elle ne pourra reprendre qu'après la déclaration de la créance sans qu'il soit nécessaire d'attendre la vérification de cette créance par le juge-commissaire. L'instance arbitrale ayant été engagée antérieurement au jugement d'ouverture, le juge-commissaire n'a d'autres choix que de constater qu'une instance arbitrale est en cours et doit donc se dessaisir. Si le juge-commissaire est saisi d'une contestation relative à la créance déclarée, le créancier est en droit d'invoquer la clause compromissoire afin que l'arbitre statue sur le litige faisant l'objet d'une instance en cours. Il subsiste toutefois une interrogation quant à la compétence du juge-commissaire ou l'arbitre pour se prononcer sur la régularité de la déclaration de la créance. Dans un arrêt de la chambre commerciale du 23 novembre 2004, la haute Cour a jugé : « *Qu'il appartient à la juridiction saisie d'une instance en cours à la date du jugement d'ouverture et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent de vérifier la régularité de la reprise d'instance et à cette*

¹³⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 1 juill. 2009, n° 08-12.494, (*Orthopedics Inc. c./Liquidateur SAS Akthea*) ; CAPJIA, 2010, n° 2, p. 453, note ORTSCHIEDT.

¹³⁹⁶ Cass. civ., 26 avril 1906, D. 1907, I, 25, note VALÉRY.

¹³⁹⁷ Cass. com., 19 juill. 1982, n° 80-17.183

fin d'apprécier la validité de la déclaration de créance »¹³⁹⁸. Si l'on suit le raisonnement de cet arrêt, lorsqu'une instance arbitrale est pendante, il appartiendra à l'arbitre initialement saisi, au moment de la reprise de l'instance, de vérifier la régularité de la reprise d'instance et la régularité de la déclaration de créance. Dans cette hypothèse, on peut relever que la procédure collective ne restreint que peu la compétence de l'arbitre. Néanmoins, il convient de rester prudent, car le pouvoir de l'arbitre reste limité à la constatation des créances et à la fixation de leur montant, et ne peut en aucun cas condamner le débiteur à payer le créancier sous peine de nullité de sa sentence.

943. En ce qui concerne le second temps de la procédure, à savoir lorsque l'instance arbitrale n'est pas en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective, l'article L. 622-21 du Code de commerce, posant le principe de l'interdiction des poursuites individuelles, fait défense aux créanciers de saisir directement le tribunal arbitral lorsque leurs créances sont antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective. La jurisprudence a rappelé cette règle impérative notamment dans l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 2 juin 2004 dont l'attendu est le suivant : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il se soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »¹³⁹⁹.

944. Par ailleurs, l'article L. 621-104 permet au juge-commissaire, lorsqu'une contestation est portée devant lui, d'apprécier préalablement sa compétence. La Cour de cassation a clairement confirmé cette règle impérative dans un autre arrêt du 2 juin 2004 : « *Attendu que lorsque l'instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture, le juge-commissaire, saisi d'une contestation et devant lequel est invoquée une clause compromissoire, doit, après avoir, le cas échéant, vérifié la régularité de la déclaration de créance, se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable ; attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la clause d'arbitrage n'était pas discutée quant à sa validité et a retenu que le juge-commissaire, saisi d'une contestation, ne pouvait se déclarer compétent, a, par ces seuls motifs, légalement*

¹³⁹⁸ Cass. com., 23 nov. 2004, n° 02-15.642.

¹³⁹⁹ Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-13.940, D. 2004, p. 1732, note LIENHARD ; RTD com., 2004, p. 439, note LOQUIN ; Rev. arb., 2004, p. 596, note ANCEL ; Petites Affiches, juill. 2004, n° 145, p. 15, note TOUCHENT.

justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé »¹⁴⁰⁰. Il appartiendra alors au tribunal arbitral de trancher la contestation relative à la créance déclarée régulièrement. Ces deux arrêts imposent donc au créancier de se soumettre à la procédure de vérification de créance et d'attendre que le juge-commissaire se déclare incompétent avant de saisir l'arbitre. En d'autres termes, si le tribunal arbitral est bien compétent pour connaître de l'existence et du montant de la créance, il ne peut être saisi que lorsque le juge-commissaire décide, conformément à l'article L. 621-104 du Code de commerce¹⁴⁰¹, que la contestation ne relève pas de sa compétence.

945. L'intérêt de ces précisions est de faire ressortir l'idée suivante : l'arbitrage n'est pas totalement exclu en présence d'une procédure collective. Ce qui signifie que si les parties ont la possibilité d'invoquer la clause d'arbitrage entre elles, suivant les conditions d'arbitrabilité et de compétence exposées plus haut, elles peuvent également appeler les tiers à y participer, notamment appeler un organe de la procédure, le mandataire judiciaire venant au profit des créanciers.

946. L'opposabilité de la convention d'arbitrage à un organe de procédure. L'opposabilité ne sera examinée ici qu'à travers l'intervention du liquidateur judiciaire qui est un organe de procédure neutre, contrairement aux autres organes, à l'instar de l'administrateur et du mandataire judiciaire. Ces derniers sont nommés pour la sauvegarde ou pour le redressement judiciaire. La mission de l'administrateur consiste à assister ou représenter le débiteur. Quant au mandataire, celui-ci agit dans l'intérêt collectif des créanciers. Le liquidateur judiciaire ne vient donc pas dans un intérêt particulier, mais plutôt dans un intérêt collectif, y compris celui du débiteur. Même si l'intervention de tous les organes de la procédure doit être en principe neutre. Ainsi, la question qui suscite notre intérêt est de savoir si le liquidateur peut participer à la procédure arbitrale.

947. Lorsque le liquidateur agit au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, comme il le fait dans le cadre d'une action en responsabilité pour soutien abusif, ou dans le cadre d'une nullité de la période suspecte, la clause d'arbitrage ne lui est aucunement opposable. C'est ce qui a été jugé par la haute Cour dans une affaire en date du 17 novembre 2015. En l'espèce, un contrat de franchise a été résilié sans indemnités de part et d'autre. Agissant au nom de l'intérêt collectif des créanciers, le

¹⁴⁰⁰ Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-18.700, D. 2004, p. 1732, note LIENHARD ; RTD com., 2004, p. 439, note LOQUIN ; Rev. arb., 2004, p. 596, note ANCEL ; LPA juill. 2004, n° 145, p. 15, note TOUCHENT.

¹⁴⁰¹ « Au vu des propositions du représentant des créanciers, le juge-commissaire décide de l'admission ou du rejet des créances ou constate soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence ».

liquidateur judiciaire, après avoir relevé que la résiliation est intervenue durant la période suspecte, demande l'annulation de la résiliation sur le fondement de l'article L. 632-1, I, 2° du Code de commerce et soutient qu'il s'agissait d'un contrat commutatif déséquilibré. Or, ce n'est pas réellement sur le caractère déséquilibré du contrat que portait le litige, mais bien sur la compétence du tribunal puisque l'acte en question comportait une clause d'arbitrage. Les juges du fond, pour ne pas retenir la compétence du tribunal arbitral, s'étaient fondés sur l'article R. 662-3 du Code de commerce qui définit la compétence du tribunal de la procédure. La Cour de cassation a confirmé la solution en jugeant que : « *Le liquidateur qui demande, à titre principal, la nullité d'un acte sur le fondement des dispositions de l'article L. 632-1, I, 2° du Code de commerce ne se substitue pas au débiteur dessaisi pour agir en son nom, mais exerce une action au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, de sorte qu'une clause compromissoire stipulée à l'acte litigieux est manifestement inapplicable au litige* »¹⁴⁰². De la même manière, la Cour de cassation a rappelé que sont inarbitrables « *les contestations nées de la procédure ou sur lesquelles cette procédure exerce une influence* »¹⁴⁰³. Elle a aussi jugé inapplicable la convention d'arbitrage à l'égard du « *liquidateur, qui n'était pas partie au contrat stipulant la clause compromissoire, agit en responsabilité dans l'intérêt des créanciers contre le franchiseur pour soutien abusif apporté à la société franchisée, ce dont il résulte que ladite clause est étrangère au litige* »¹⁴⁰⁴.

948. En revanche, la clause d'arbitrage est opposable au liquidateur si ce dernier agit en lieu et place du débiteur en liquidation¹⁴⁰⁵ ou s'il exerce une action « *d'ordre contractuel non directement lié à l'ouverture d'une procédure collective, qui concerne des contrats conclus antérieurement à la procédure et qui serait présentée de la même manière sans procédure collective* »¹⁴⁰⁶. Ainsi, dans un arrêt en date du 19 juillet 1982, la Cour de cassation a jugé que : « (...) lorsque le syndic d'un règlement judiciaire ou d'une

¹⁴⁰² Cass. com., 17 nov. 2015, n° 14-16.012, (*Sté Carrefour proximité France c./ Sté Perin Borkowiak*), *Ess. D. Ent. Diff.*, déc. 2015, p. 3, n° 177, *obs.* FAVARIO ; *Act. proc. coll.*, 2015, comm. n° 319, *obs.* FIN-LANGER ; D. 2015, p. 2439, *obs.* LIENHARD.

¹⁴⁰³ Cass. com., 19 mai 1987, *Bull. civ.*, IV, n° 117 ; *Rev. arb.*, 1988, p. 142, *note* ANCEL.

¹⁴⁰⁴ Cass. com., 14 janv. 2004, n° 02-15.541, *Bull. civ.*, IV, n° 10 ; D. 2004, AJ 278, *obs.* LIENHARD. V. aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 1 juill. 2009, n° 08-12.494, (*Orthopedics Inc. c./Liquidateur SAS Akthea*) ; CAPJIA, 2010, n° 2, p. 453, *note* ORTSCHIEDT : « *Attendu que l'arrêt retient exactement d'abord, par motif propre et adopté, que l'action, engagée par [le] liquidateur de la société Akthea, dans l'intérêt des créanciers, contre la société Encore orthopedics, est une action en responsabilité pour soutien abusif et en comblement de passif ; puis par motif adopté, que [le liquidateur] n'était pas partie à la clause compromissoire liant la société Akthea et la société Encore Orthopedics qui lui était étrangère ; que par ces seuls motifs, desquels il résultait que la clause invoquée était manifestement inapplicable, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

¹⁴⁰⁵ V. En ce sens, la lecture *a contrario* de l'arrêt : Cass. civ. 1^{ère}, 1 juill. 2009, n° 08-12.494, (*Orthopedics Inc. c./Liquidateur SAS Akthea*) ; CAPJIA, 2010, n° 2, p. 453, *note* ORTSCHIEDT.

¹⁴⁰⁶ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, éd. 1^{ère}, 2013, n° 141, *cité* par Sarah ACHILLE, *op. cit.*, n° 9.

liquidation des biens use de la faculté de poursuivre l'exécution d'un contrat, il doit le faire avec tous les droits et obligations qui s'y attachent, ce qui implique l'observation d'une clause compromissoire s'il en a été stipulé »¹⁴⁰⁷.

949. La même solution sera confirmée dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 1er avril 2015. En l'espèce, la société *GFC Construction* avait sous-traité à la société *SER Ducros* la réalisation des travaux de menuiserie aux termes de quatre contrats pour lesquels des conditions particulières et des conditions spécifiques contenant une clause compromissoire avaient été établies. À la suite des difficultés, la société *SER Ducros* a été mise en redressement puis en liquidation judiciaire. Le liquidateur a opté pour la poursuite des quatre contrats. Aux termes de l'article L. 622-24 du Code de commerce, la société *GFC Construction* a décidé de déclarer sa créance qui était antérieure à l'ouverture de la procédure. Un an plus tard, le juge-commissaire a rejeté la créance pour motif de forclusion. La société *GFC construction* avait alors tenté de requalifier sa créance afin d'échapper à la forclusion. La cour d'appel n'a pas été convaincue et a confirmé la décision de rejet du juge-commissaire. Parallèlement à la procédure de vérification, le mandataire liquidateur avait saisi le tribunal de commerce pour obtenir le paiement des sommes dues par la société *GFC Construction*. Cette dernière oppose au liquidateur la clause compromissoire stipulée dans les contrats. Le tribunal de commerce de Nîmes se déclare incompétent et prononce l'irrecevabilité des demandes du mandataire liquidateur.

950. Devant la cour d'appel, le liquidateur avance son statut de tiers aux contrats et invoque l'inopposabilité de la clause d'arbitrage à son égard. Il argue l'inapplicabilité de celle-ci aux motifs que la société *GFC Construction* aurait renoncé à son application en ne l'invoquant pas au cours de la procédure de vérification de créance. La cour d'appel, en rappelant le principe de l'opposabilité de la clause compromissoire insérée dans un contrat conclu antérieurement au jugement de l'ouverture de la procédure et au surplus du fait que le liquidateur a opté pour la continuation de l'exécution de ces contrats, n'a pas donné une suite favorable aux demandes du liquidateur et a confirmé donc la décision du tribunal de commerce de Nîmes. Un pourvoi en cassation a été formé par le liquidateur. La question soulevée devant la haute Cour est celle de savoir si une clause d'arbitrage contenue dans un contrat en cours est opposable à un organe de la procédure.

¹⁴⁰⁷ Cass. com., 19 juill. 1982, n° 80-17. 163.

951. La Cour de cassation rejette le pourvoi et adopte la solution des juges du fond en retenant que : « *Ayant relevé que le liquidateur avait usé de la faculté de poursuivre l'exécution des contrats avec tous les droits et obligations qui s'y rattachaient, ce qui impliquait l'observation de la clause compromissaire qui y était stipulée, et retenu que la discussion, au cours de la procédure de déclaration de créance, ne portait que sur la régularité de la déclaration et la forclusion encourue par la société GFC Construction, la cour d'appel a retenu, par une décision motivée et hors de toute dénaturation, que les demandes [du liquidateur], ès qualités, étaient irrecevables* »¹⁴⁰⁸.

952. Ainsi, le liquidateur qui choisit de poursuivre l'exécution d'un contrat contenant une clause d'arbitrage est tenu de l'observer. Elle lui est en revanche inopposable lorsque le litige qu'elle tente de résoudre a pour objet la procédure collective. La solution paraît logique, car elle n'est pas en contradiction avec les justifications de l'opposabilité que nous avons pu relever au cours de nos développements précédents et notamment lorsqu'il était question du mandataire judiciaire venant au profit du débiteur qui, en agissant *ès qualités*, démontre d'une implication dans le contrat ce qui est un fondement de son attraction à la procédure arbitrale. Son attraction à l'instance ne signifie pas qu'il va être sanctionné ou bénéficiaire des conséquences d'une sentence favorable, il est simplement appelé à être une partie à l'instance.

953. Qu'en est-il à présent des solutions proposées lorsque la convention d'arbitrage est internationale ? Très brièvement, les restrictions qu'impose le droit français revêtent la nature de lois de police applicables que pour une procédure collective ouverte en France. Si la procédure est ouverte dans un État non membre de l'Union européenne, le juge français, saisi comme juge de l'exéquatur de la sentence ou du siège de l'arbitrage, doit, en principe, tenir compte des restrictions propres à ce pays¹⁴⁰⁹, dès lors qu'elles lui paraissent légitimes¹⁴¹⁰. Enfin, si la procédure collective est ouverte dans un pays de l'Union européenne, le règlement (EU) 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité dans les articles 7 (2)

¹⁴⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2015, n° 14-14.552, (*Sté SER Ducros c./Sté GFC Construction*).

¹⁴⁰⁹ V. En ce sens, CA Paris, 7 avril 2011, *Rev. arb.*, 2011, p. 747, note BOLLÉE et HAFTEL.

¹⁴¹⁰ V. En ce sens, Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, éd. 2^{ème}, 2019, Montchrestien, n° 665, p. 632.

(f)¹⁴¹¹ et 18¹⁴¹² prévoit que si l'arbitre n'a pas été saisi antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, les effets sur la convention d'arbitrage doivent être déterminés par la loi de l'État d'ouverture. Le juge français doit ainsi tenir compte des règles étrangères qui pourraient d'ailleurs l'amener à admettre des solutions moins libérales.

2. *L'inopposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du représentant parfait*

954. Sans entrer dans les détails, il convient de rappeler ici, au surplus de ce que nous avons déjà évoqué plus haut¹⁴¹³, que la représentation parfaite correspond, selon l'alinéa 1 de l'article 1154 du Code civil, à l'hypothèse où le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, ce dernier est le seul tenu par l'engagement ainsi contracté. Aucune obligation du représentant n'incombera au représenté. En revanche, si le représentant déclare agir pour le compte d'autrui, mais contracte en son propre nom, il est alors seul engagé à l'égard du cocontractant — alinéa 2 du même article —.

955. Le représentant parfait est, aux yeux de celui avec qui il contracte, un tiers, car il agit non pas dans son propre intérêt, mais pour le compte du représenté. Ainsi, quand il conclut un contrat comportant une clause d'arbitrage, ou lorsqu'il est mandaté pour compromettre, le représentant parfait ne peut aucunement subir les effets des engagements dont il est la simple plume et ne peut donc être attiré à l'arbitrage. Cette solution est largement admise en jurisprudence, comme en témoigne l'arrêt de la cour d'appel en date du 26 juin 2003.

956. En l'espèce, un protocole d'accord a été signé entre la société *AVC Shipping* qui exploite des navires de pêche et la société *Arcot* représentée par *M. Miske*, son gérant statutaire. Le protocole en question a été passé pour la constitution d'une société mixte de droit mauritanien pour la pêche dans les eaux mauritaniennes ; le protocole contenait également une clause d'arbitrage. En conséquence d'un litige, le

¹⁴¹¹ La loi de l'État d'ouverture détermine les conditions liées à l'ouverture, au déroulement et à la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment les éléments suivants : (f) les effets de la procédure d'insolvabilité sur les procédures engagées par des créanciers individuels, à l'exception des instances en cours.

¹⁴¹² Les effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance ou une procédure arbitrale en cours concernant un bien ou un droit qui fait partie de la masse de l'insolvabilité d'un débiteur sont régis exclusivement par la loi de l'Etat membre dans lequel l'instance est en cours ou dans lequel le tribunal arbitral a son siège.

¹⁴¹³ Cf. *supra*. n° 610 et s.

tribunal arbitral a été saisi et une sentence a été rendue le 25 mars 2002. Le tribunal arbitral a déclaré recevable l'action introduite par la société *AVC Shipping* contre le représentant, *M. Miske*. Ce dernier s'est vu donc attiré à l'instance arbitrale et condamné à payer des dommages et intérêts. Un recours en annulation a été formé contre cette décision devant la cour d'appel de Paris. Pour les juges du fond, la signature par le représentant de l'accord ne peut pas s'analyser comme l'expression de sa volonté de se substituer à la société *Arcot* dont il est le mandataire social. Elle ne peut pas non plus être analysée comme une acceptation de la clause compromissoire et de son extension, et ce, parce que, d'un côté, il a contesté la recevabilité de l'action de la société *AVC Shipping* à son encontre. De l'autre côté, il n'a nullement été démontré que la société serait fictive ou constituerait dans l'économie de la convention un écran masquant le véritable cocontractant qui serait *M. Miske*. La cour a estimé donc que rien ne permet de lui étendre les effets de la clause compromissoire; que le tribunal a statué à l'égard de *M. Miske* personnellement sans convention d'arbitrage¹⁴¹⁴.

957. Cela étant, il arrive parfois que le représenté soit imparfaitement représenté dans le rapport contractuel, mais parfaitement représenté dans le rapport compromissoire. Dans cette hypothèse nous pensons que c'est le rapport contractuel qui prime, mais puisqu'on admet que dans une représentation imparfaite le représentant est attiré à l'arbitrage, il le serait également dans ce cas de figure, même s'il est la plume du représenté dans le rapport compromissoire. Le but d'une convention d'arbitrage est de régler les litiges nés, ou à naître, du rapport contractuel. C'est donc à partir de ce rapport qu'on définit les responsabilités des parties à l'accord.

958. En définitive, le tiers neutre ne peut ni subir les effets d'une convention d'arbitrage ni l'invoquer à l'égard des parties. Cependant, dans certains cas, l'attraction à l'arbitrage d'un tiers est parfaitement *justifiée*, mais il ne peut pas y répondre convenablement en raison de son impécuniosité. Dans ce cas, on ne parle pas d'inopposabilité au tiers de la convention d'arbitrage, car elle lui est en principe opposable, mais de *paralysie* de l'opposabilité.

¹⁴¹⁴ CA Paris, ch. 1^{ère}, sec. C, 26 juin 2003, (*Baba Ould Ahmed Miske c./AVC Shipping*), *Gaz. Pal.*, 2003, p. 47, note MOURRE et PEDONE.

B. *La paralysie de l'opposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du tiers impécunieux*¹⁴¹⁵

959. Bien qu'il ne cesse de se démocratiser, l'arbitrage est considéré, compte tenu de son coût très élevé, comme une justice privée « *de luxe* »¹⁴¹⁶ réservée « *aux affaires et aux riches* »¹⁴¹⁷. Le manque de moyens financiers est vu comme une anomalie pouvant entraver le commencement de l'arbitrage. En effet, s'acquitter des frais connexes liés à la procédure¹⁴¹⁸ et de sa part de la provision d'arbitrage peut s'avérer très onéreux pour le tiers. Contrairement à ce que l'on peut imaginer, le tiers est aussi concerné par le coût de l'arbitrage au même titre que les parties signataires, même si ces dernières n'ont pas initialement prévu son attraction à l'arbitrage et le tiers lui-même n'y avait pas pensé. Par conséquent, le tiers, qu'il soit demandeur ou défendeur, doit s'acquitter des frais et dépenses engagés pour la procédure. S'il est demandeur, le tiers doit avancer les provisions pour frais d'arbitrage¹⁴¹⁹. Défendeur, il doit s'acquitter de sa quote-part liée aux frais engagés par le demandeur. Ainsi, que l'on invoque l'arbitrage à l'égard du tiers ou que celui-ci l'invoque à l'égard des parties, il doit dans tous les cas s'acquitter de sa part relative aux coûts engagés et, au surplus s'il est condamné, payer les dommages et intérêts qui sont parfois beaucoup plus conséquents que les indemnités prononcées par le juge étatique, posant ainsi au passage la problématique de l'exécution de la sentence.

960. De là, est-il possible pour un tiers impécunieux, c'est-à-dire un tiers qui n'a pas, peu, ou plus de moyens financiers pour couvrir les frais de l'arbitrage, de faire échec à l'applicabilité de la clause d'arbitrage alors que son attraction est fondée ? Sachant qu'un tribunal arbitral peut refuser l'ouverture d'une procédure si les frais fixés par le centre de l'arbitrage n'ont pas été honorés¹⁴²⁰. Pour répondre à cette question, il est important de rappeler certains points essentiels. Tout d'abord, il

¹⁴¹⁵ V. en ce sens : Emanuel GAILLARD, « *Impediment of parties and its effect on arbitration : A French view* », in, *Financial Capacity of the parties - A condition for the validity of Arbitration agreement*, ed. German Institute of Arbitration, Peter Lang, 2004, p. 67 ; François-Xavier TRAIN, « *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international* », *Rev. arb.*, 2012, p. 267 ; Thomas CLAY, « *Arbitrage et impécuniosité* », in, mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, L.G.D.J., 2019, p. 253.

¹⁴¹⁶ Bernard HANOTIAU, « *Mieux maîtriser le temps et réduire les coûts dans l'arbitrage international* », in, Mélanges KEUTGEN, Bruylant, 2009, p.377, cité par Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 47, p. 63.

¹⁴¹⁷ V. en ce sens : Maximin DE FONTMICHEL, *op. cit.*, n° 291, p. 173.

¹⁴¹⁸ Ces frais peuvent couvrir les frais des avocats, si les parties décident d'être représentées à l'instance, et les autres frais connexes liés au transport, traductions, aux diverses expertises... etc.

¹⁴¹⁹ Les provisions couvrent les honoraires des arbitres et éventuellement les frais du centre chargé d'administrer l'arbitrage,

¹⁴²⁰ V. par exemple, les articles 37 et 38 du règlement de l'arbitrage de la CCI.

ne s'agit pas ici de s'interroger sur l'insolvabilité, car l'impécuniosité s'en distingue nettement. En effet, l'insolvable, au sens des procédures collectives, est celui qui ne dispose pas de biens ou de revenus saisissables susceptibles d'être appréhendés et vendus aux enchères publiques pour être distribués afin de répondre de tout ou partie de ses dettes¹⁴²¹. Tandis que l'impécunieux est celui qui manque de moyens financiers, en l'occurrence ici, pour couvrir les frais de l'arbitrage, qui, s'il décide de s'endetter pour les couvrir, pourrait l'amener à l'insolvabilité.

961. Ensuite, il faut rappeler également que l'appréciation de l'impécuniosité pose l'épineux problème de la compétence. Effectivement, qui, entre l'arbitre et le juge étatique, pourrait se prononcer sur cette question ? Si le juge étatique se saisit de la question de compétence, on aura alors porté atteinte à l'effet négatif du principe compétence-compétence. En revanche, s'il revient à l'arbitre de se prononcer sur la question, la procédure arbitrale ne pourra commencer que lorsque le tiers demandeur aura avancé la provision — chose qui lui est impossible, puisqu'il est impécunieux —. Mais s'il n'est pas demandeur et que l'une des parties à l'instance s'engage à avancer les frais, la procédure sera alors entamée et le tiers doit à l'issue de celle-ci s'acquitter de sa part des droits et frais engagés par la partie demanderesse. Il suffit donc que le tiers soit demandeur pour constater que le manque de moyens constitue purement et simplement un obstacle au principe d'accès à la justice, car il ne peut saisir ni le tribunal arbitral ni le tribunal étatique ; la procédure d'arbitrage reste donc bloquée au stade de l'introduction de l'instance, ce qui implique généralement qu'aucune sentence ne sera rendue et l'attraction du tiers aura été abandonnée. La Cour de cassation s'est confrontée à cette situation dans une affaire, appelée *Pirelli*¹⁴²², dans laquelle elle avait décidé que le refus par les arbitres d'examiner les demandes reconventionnelles du défendeur impécunieux, en raison de son défaut de paiement de la part de la provision d'arbitrage, peut-être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et ainsi entraîner l'annulation de la sentence.

962. Enfin, quand bien même les parties dépasseraient la question de la compétence, elles seraient confrontées à la question de savoir à quel moment l'impécuniosité, notion relative¹⁴²³ et changeante, doit être prise en compte. Est-ce au

¹⁴²¹ Serge BRAUDO et Alexis BAUMANN, *Dictionnaire juridique*, 1996-2021, v. *insolvabilité* : <https://www.dictionnaire-juridique.com>.

¹⁴²² Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n° 11-27.770 ; *Rev. arb.*, 2013, p. 746, note TRAIN ; *JCP G* 2013, p. 559, note BÉGUIN et WANG ; *JCP G* 2013, act. 408, obs. BÉGUIN ; *JCP G* 2013, doct., p. 784, n° 4, obs. SERAGLINI ; *D.* 2013, 2944, obs. CLAY ; *Gaz. Pal.*, 30 juin-2 juill., 2013, p. 16, obs. BENSAUDE ; *CAPJIA*, 2013, p. 479, note PINA ; *Proc.*, 2013, p. 189, note WEILLER ; *LPA* 27 janvier 2014, n° 19, p. 9, note DE FONTMICHEL.

¹⁴²³ V. en ce sens : Maximin DE FONTMICHEL, *Le faible à l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 299, p. 178.

moment de l'implication à l'exécution du contrat ou, au contraire, au moment où l'instance arbitrale est initiée ? Nous pensons que c'est au moment de l'initiation de la procédure que l'impécuniosité doit être appréciée, car c'est la phase où elle ne peut plus évoluer. Il aurait été possible d'apprécier l'impécuniosité au moment de l'implication du tiers, car c'est à partir de là que ce dernier, ayant déjà pris connaissance de l'existence de la convention d'arbitrage, serait en état de mesurer les conséquences processuelles de son implication, et s'il décide de continuer à s'impliquer, il aurait implicitement accepté l'arbitrage et les coûts qui y sont liés, ce qui pourrait renseigner sur sa capacité à les couvrir. Nonobstant, il est très difficile d'évaluer les frais de l'arbitrage au cours de l'exécution du contrat principal, car le litige n'est pas encore né ; on ne connaît ni sa nature, ni le degré de sa complexité ou la rapidité de sa résolution, sans compter que ces critères conditionnent généralement l'assiette des frais de l'arbitrage.

963. Il est important de noter que l'impécuniosité ne peut en aucun cas faire échec au principe d'opposabilité, plus précisément à l'applicabilité de la convention d'arbitrage. En effet, la jurisprudence rappelle avec constance¹⁴²⁴ que l'impécuniosité ou l'insolvabilité d'une partie n'est pas de nature à caractériser l'inapplicabilité manifeste d'une convention d'arbitrage. C'est ce qui a été décidé par exemple dans un arrêt dénommé *Lola Fleurs* dans lequel la cour a jugé que « le caractère manifestement inapplicable de la clause compromissoire ne saurait davantage se déduire de l'incapacité alléguée [du demandeur au contredit] à faire face au coût d'une telle procédure en raison de sa situation financière et au déni de justice qui en résulterait alors qu'il appartient en tout état de cause au tribunal arbitral de permettre l'accès au juge, un éventuel manquement de sa part sur ce point étant susceptible d'être sanctionné ultérieurement »¹⁴²⁵. Ou très récemment encore : « L'inapplicabilité de la clause d'arbitrage ne peut se déduire du fait que l'une des parties ne soit pas en mesure de faire face au coût de la procédure d'arbitrage, la force obligatoire de cette clause étant indépendante de la santé financière des signataires, la partie impécunieuse ne pouvant en tirer argument pour se soustraire à la compétence arbitrale »¹⁴²⁶.

¹⁴²⁴ Toutefois, dans une décision émanant du Tribunal commercial en date du 17 mai 2011, les juges consulaires ont accueilli favorablement l'argument qui consiste à faire de l'application de l'article 6 § 1^{er} de la CEDH un motif de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage en raison de la disproportion entre les frais liés à l'arbitrage et la capacité financière d'un litigant. V. TC Paris, 17 mai 2011, n° 2011003447, D. 2013, p. 939, obs. CLAY.

¹⁴²⁵ CA Paris, Pôle 1, ch. 1^{ère}, 26 fév. 2013, n° 12-12.953, *Rev. arb.*, 2013, p. 746, note TRAIN ; *CAPJIA*, 2013, p. 749, note PINNA ; D. 2013, p. 2945, obs. CLAY ; *LPA* 28 janv. 2014, n° 19, p. 9, note DE FONTMICHEL. V. également : Cass. civ. 1^{ère}, 13 juill. 2016, *Rev. arb.*, 2016, p. 859, obs. BOUCARON-NARDETTO : « L'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ne pouvait être déduite de l'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire de la société ATE de faire face au coût de la procédure d'arbitrage ».

¹⁴²⁶ TC Pau, 26 mai 2020, n° 2019/000106, (*La Tagliatella SAS, Armest Holding SE, Pastifico Service slu c./V., E. et T.*). Décision confirmée en appel : CA Pau, 5 nov. 2020, n° 20-01175.

Ce n'est donc pas de l'inopposabilité qu'il s'agit ici, mais bien d'une *paralysie* et d'un *dysfonctionnement momentané* du principe de l'opposabilité qui pourrait se réenclencher dès lors que les parties à l'instance auraient trouvé une solution pour s'acquitter des frais liés à l'arbitrage.

964. Bien évidemment, nous partageons les propos de M. CLAY qui disait que face à l'impécuniosité, il n'existe pas de bonnes solutions, mais des propositions qui oscilleront entre mauvaises solutions et moins mauvaises solutions¹⁴²⁷. Parmi les solutions pouvant résorber la difficulté de l'impécuniosité, mais qui demeurent toutefois incertaines, on peut en effet évoquer la solution reposant sur la bonne volonté des protagonistes à l'arbitrage. Aussi, il se peut qu'un tiers impécunieux convienne avec les parties pour qu'elles avancent les frais liés à la procédure. Deux situations à observer : lorsque les parties sont demanderesses, il est possible de voir ces dernières verser la quote-part du tiers défendeur impécunieux. En revanche, lorsque c'est le tiers impécunieux qui est demandeur, même si rien n'empêche que les défendeurs versent sa quote-part, il faut avouer que cette solution est difficilement concevable, voire ne se produit quasiment jamais, car on ne voit pas tellement l'intérêt pour une partie défenderesse d'avancer les frais d'une procédure d'arbitrage ouverte à son égard, alors qu'il existe un risque qu'elle n'obtienne pas gain de cause. Au contraire, l'impécuniosité du tiers pourrait même être, pour le défendeur, une situation avantageuse, car il y a là un moyen certain d'échapper à toute condamnation ou de subir les conséquences d'une sentence qui lui serait certainement défavorable. Autre hypothèse probable, l'arbitre peut accepter de trancher le litige gratuitement, ou reporter la question du règlement des frais de l'arbitrage à l'accomplissement de sa mission, c'est-à-dire à la fin du procès. Mais là encore, bien que la méthode du report du règlement des frais ne soit pas utopique, car elle est déjà proposée dans des pays comme les États-Unis et peut être envisagée en France, ces solutions, sujettes à caution, demeurent incertaines et difficilement acceptables par les arbitres et les institutions françaises d'arbitrage¹⁴²⁸.

965. En revanche, une autre solution peut être envisagée. Il est en effet souvent recommandé aux litigants se trouvant dans une situation d'impécuniosité de recourir à des tiers financeurs spécialisés — *Third party funding* —¹⁴²⁹. Ces tiers, étrangers au litige, peuvent prendre en charge la totalité ou une partie des coûts de la procédure

¹⁴²⁷ V. en ce sens : Thomas CLAY, « Arbitrage et impécuniosité », *op. cit.*, p. 265.

¹⁴²⁸ Cf. *Ibid.*, n° 35, p. 266.

¹⁴²⁹ Khalil MCHENTAF, *Financement de l'arbitrage par un tiers : une approche française et internationale*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Loïc CADIET, Paris I, 2019.

arbitrale. Plusieurs types de soutiens financiers peuvent être proposés à l'impécunieux : il y a la possibilité d'obtenir d'un établissement financier la *security for costs*, ou *cautio judicatum solvi*¹⁴³⁰ ; de rechercher un cessionnaire de droit litigieux¹⁴³¹, ou de faire appel à un *litigations funding*¹⁴³²,... etc. Précisons que ces types de financement ne seront possibles que si le tiers financeur dispose de garanties lui permettant d'être remboursé des frais avancés. À ce titre, le tiers financeur tiendra compte de différents critères et évaluera les risques ainsi que les chances de succès de l'affaire. Il convient d'ajouter que le tiers financeur est rémunéré par un pourcentage sur les dommages et intérêts alloués par la sentence, cela signifie que l'affaire qui est difficilement « gagnable » a moins de chance d'accéder à ce mode de financement.

966. Au vu de tous ces éléments, les choix qui s'offrent au tiers impécunieux pour financer le coût de l'arbitrage restent tout de même aléatoires et impliquent un risque à la fois pour la partie demanderesse lorsqu'elle avance les frais du tiers défendeur impécunieux, mais également pour le tiers financeur qui ne peut avancer les frais que si l'affaire est gagnable. De manière générale, en présence d'une situation d'impécuniosité du tiers, l'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard de ce dernier est sérieusement affaiblie. Il se peut que les parties qui opposent la clause ou le tiers qui l'invoque décident de jeter l'éponge faute de moyens. En effet, certains auteurs parlent même de caducité de la convention d'arbitrage, car ils estiment que la condition sous laquelle la convention d'arbitrage est souvent conclue, à savoir la disponibilité des moyens de financer la procédure, n'est plus remplie. À cet égard, certains droits étrangers, à l'instar du droit allemand, considèrent que l'impécuniosité est un motif susceptible d'affecter l'efficacité de la clause d'arbitrage et son applicabilité. Comme en témoigne d'ailleurs une jurisprudence de la *Bundesgerichtshof* pour qui l'impécuniosité rend automatiquement la convention d'arbitrage « non susceptible d'être exécutée »¹⁴³³.

Conclusion de la section III

¹⁴³⁰ Thomas CLAY, *op. cit.*, n° 38, p. 267.

¹⁴³¹ *Ibid.*, n° 39.

¹⁴³² *Ibid.*, n° 40.

¹⁴³³ Cour fédérale de justice, arrêt du 14 sept. 2000, III ZR 33/00, cité par Maximin DE FONTMICHEL, *op. cit.*, n° 303, p. 179.

967. En définitive et en présence des situations que nous avons illustrées plus haut, force est de constater que parfois les effets de la convention d'arbitrage sont cantonnés au rapport contractuel convenu par les parties, et cela, même si l'on relève une immixtion du tiers. Dans le cas du tiers garant, nous avons vu comment la jurisprudence française a fait barrage à l'idée d'attirer la caution ou le garant autonome devant les arbitres en justifiant son refus par le recours au principe de l'effet relatif ; elle a en effet distingué nettement entre les deux rapports contractuels, et cela, en dépit de l'accessoriété de la garantie. Ensuite, nous avons vu aussi que lorsque les parties conviennent initialement de limiter les effets de leur convention, le tribunal arbitral ne peut aller à l'encontre de cette volonté et ne peut autoriser l'attraction d'une tierce personne à l'arbitrage dont elle n'a pas été signataire. En outre, si le tiers se trouve dans une position neutre, du fait de son intervention désintéressée, ou faible, lorsqu'il est impécunieux, l'opposabilité de la convention d'arbitrage se trouve, dans le premier cas, neutralisée en raison des règles impératives posées par l'ordre public — cas du représentant parfait et du liquidateur judiciaire — et elle est paralysée dans le second cas du fait du manque de moyens financiers nécessaires pour répondre aux exigences minimales de l'arbitrage incombant à toute partie demanderesse, au début de la procédure, et défenderesse, à l'issue de l'instance. Une situation d'impécuniosité pour laquelle le droit français n'a pas encore trouvé de solutions efficaces.

968. À la lumière de ce qui vient d'être dit, il est certain que l'implication du tiers à la réalisation, à l'exécution ou à l'anéantissement du contrat, additionnée à la connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage qui y est insérée, justifie son attraction à sa force obligatoire. Une dernière précision pour dire que cette intervention ne doit pas être désintéressée. En effet, l'implication du tiers qui justifierait son attraction ne doit pas être neutre ou dénuée d'intérêt économique ou financier. Autrement dit, la raison ou l'intérêt derrière l'implication du tiers justifie son attraction.

Conclusion du chapitre I

969. Pour conclure sur ce premier chapitre, le bilan tiré de l'approche objective légitimant la limitation de l'efficacité de la convention d'arbitrage appelle à la prise en considération de deux points essentiels. D'abord, la mise en œuvre du principe

d'opposabilité suppose en toute logique la validité de l'accord arbitral entre les parties conformément aux conditions tirées des règles de droit commun des contrats, des règles matérielles et de celles propres au droit de l'arbitrage. Ce faisant, l'accord arbitral doit obéir aux conditions formelles, consensuelles sans oublier les conditions relatives à l'arbitrabilité des litiges. Ainsi, le consentement des parties à l'arbitrage s'est révélé une condition *sine qua non* à la création de la force obligatoire et à l'éventuel rayonnement des effets du contrat à l'égard des tiers, et cela, quelle que soit la matière de la convention d'arbitrage. En revanche, les exigences formelles et d'arbitrabilité des litiges se sont avérées beaucoup plus nuancées en matière internationale qu'en matière interne. En effet, le recours à l'arbitrage en matière interne se trouve rigidifié et parfois paralysé par l'intervention négative, et souvent lacunaire, des règles impératives. Au sujet de l'arbitrabilité par exemple, il suffit d'examiner l'article 2059 du Code civil pour constater la fragilité du critère de la libre disponibilité des droits, condition en principe nécessaire pour recourir à l'arbitrage. En réalité, cette disposition n'est plus adaptée, car aujourd'hui, le recours à l'arbitrage est considéré davantage comme un acte d'administration que de disposition, puisque l'arbitrage est devenu le mode habituel de résolution des conflits d'affaires. L'inadaptation des textes s'observe également à la lecture de l'alinéa premier de l'article 2060 du Code civil. Énoncer qu'on ne peut compromettre sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et « plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public », est une référence *fallacieuse* qui ne reflète pas le droit positif tel qu'issu de la jurisprudence, qui a démontré d'un volontarisme perpétuel pour faire évoluer cette disposition afin d'aboutir à des solutions beaucoup plus libérales, surtout en matière internationale.

970. Ensuite, nous avons démontré que l'accomplissement de la première étape de l'attraction du tiers, à savoir la validité de la convention d'arbitrage entre les parties, ne fait qu'ouvrir la voie à l'attraction. Au surplus de la connaissance et de l'absence d'une éventuelle volonté contraire des parties à l'extension, on doit retenir au tiers une implication purement économique et non désintéressée. Une fois ces deux éléments retenus, tout autre argument avancé ne jouera qu'un rôle accessoire et confortatif de la décision de rendre opposable la convention d'arbitrage. C'est ce que nous avons relevé lorsqu'il était question de vérifier l'opportunité des arguments de l'existence, de l'unité et de l'appartenance à un groupe de sociétés, mais aussi de l'existence et de l'indivisibilité d'un groupe de contrats. Ou encore, la suffisance du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, de celui de *validité et d'efficacité*

propres, ou des théories de la fraude et de l'apparence dans le fondement de la règle de l'attraction : fondements dont nous avons soulevé l'insuffisance lorsqu'ils sont pris isolément dans la justification de l'extension.

971. Jusqu'à présent, nous n'avons mis en exergue que l'approche objective limitant l'efficacité juridique de l'opposabilité. Il serait donc hâtif, sans un examen des données extrajuridiques, de tirer une conclusion générale sur les données limitant le principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage. Alors, la question qui se pose est de savoir qu'est-ce qui pourrait, parmi les arguments non objectifs avancés, remettre en cause le principe d'opposabilité ? À vrai dire, il s'agit de s'interroger ici sur la réalité des motifs extrajuridiques et subjectifs avancés, soit par les praticiens du droit ou par ceux qui sont directement impliqués dans la procédure, pour justifier l'attraction des tiers aux effets de la convention d'arbitrage. C'est ce que nous verrons dans les développements suivants.

CHAPITRE II : LES LIMITES D'ORDRE EXTRA- JURIDIQUE ET SUBJECTIF

972. Des arguments non objectifs au soutien de la règle d'attraction. Alors que la légitimité du principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage a été en grande partie justifiée par le respect des conditions d'ordre juridique et objectif, la théorie de la libre recherche scientifique, proposée par GÉNY en réaction à la méthode exégétique appliquée aux textes du Code civil, encourage à ce que les éléments d'ordre juridique soient conjugués et pénétrés par des considérations extrajuridiques et subjectives. En effet, au-delà des fondements juridiques, les arguments de nature politique, économique, sociale, morale, organisationnelle ou encore pratique, sont aujourd'hui des éléments non négligeables pour ne pas dire nécessaires pour renforcer l'assise et la légitimité des règles de droit. Ainsi, si l'on n'intègre pas la dimension politico-judiciaire de l'arbitrage, on ne saurait expliquer, par exemple, que l'une des raisons du grand libéralisme des solutions jurisprudentielles françaises en matière d'arbitrage international, est de rendre la ville de Paris une place attractive et incontournable de l'arbitrage international, ce qui est de nature à faire la promotion du droit français et d'étendre son influence, alors qu'en droit interne, l'arbitrage est rigide et beaucoup moins libéral.

973. On n'expliquerait pas non plus que la volonté de transposer certaines de ces solutions libérales en droit interne, est dans un but strictement organisationnel, celui de rendre accessible la justice arbitrale pour qu'elle puisse aider à désengorger et à soulager la justice étatique de certaines affaires pouvant parfaitement être résolues devant les tribunaux arbitraux. Ou encore, que la célérité et la confidentialité, deux attributs de l'arbitrage, sont sans conteste deux arguments économiques œuvrant à la promotion et au développement de l'arbitrage, puisque, d'un côté, la célérité, aujourd'hui considérée comme un élément notable dans les relations d'affaires, assure aux parties une résolution célère de leur conflit, ce qui leur permet de se tourner rapidement vers d'autres opportunités d'affaires qui n'auraient pas pu se présenter si le litige avait été porté devant les tribunaux étatiques réputés fâcheusement soit-il, pour leur lenteur. De l'autre côté, la confidentialité des

sentences, dont le rôle est de préserver le secret des affaires, est un critère nécessaire à la pérennité de l'image de l'entreprise et de la positive perception qu'elle souhaite véhiculer à ses partenaires commerciaux. Pour toutes ces raisons, qui donnent plus ou moins un aperçu de ce que vise l'étude des données extrajuridiques, on ne pourrait se soustraire de l'idée suivante : les données juridiques explicitement avancées pour justifier l'opposabilité ont implicitement une filiation d'ordre extrajuridique.

974. À partir de ces propos, un regard croisé doit être porté sur l'appréciation des arguments extrajuridiques avancés. Il s'agit dans un premier temps de s'interroger sur l'efficacité de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage vue par le milieu juridique en mettant à l'épreuve les arguments d'ordre organisationnel, pratique ou moral (*Section I*). Ensuite, nous aurons à jauger l'efficacité de l'opposabilité de la convention d'arbitrage en se fondant cette fois-ci sur des motivations purement subjectives avancées par le diptyque parties — tiers (*Section II*).

Section I : La légitimité de l'attraction vue par le milieu juridique

Section II : L'appréciation oscillante de l'attraction vue par le diptyque parties-tiers

SECTION I : LA LÉGITIMITÉ DE L'ATTRACTION VUE PAR LE MILIEU JURIDIQUE

975. Nous examinerons tout d'abord les arguments mis en avant par les acteurs du droit pour justifier le bien-fondé de l'attraction des tiers non-signataires à l'arbitrage (§1), avant de se pencher sur le réalisme de ces arguments (§2).

§1 Les arguments avancés

976. La dimension organique et procédurale (A) ou encore économique et politique (B), sont assurément les arguments d'ordre extrajuridique qu'avancerait le milieu juridique pour justifier l'attraction d'une tierce personne non-signataire à l'arbitrage. S'agissant de la dimension organique et procédurale, la jurisprudence a maintes fois inscrit au cœur de ses décisions, favorables à l'attraction, des considérations relatives à l'équité et à la bonne administration de la justice par l'unification du contentieux et la jonction des procédures parallèles¹⁴³⁴. En ce qui concerne la bonne administration de la justice, cet argument milite en faveur du regroupement du contentieux et de l'interruption des actions parallèles, ce qui permet une meilleure connaissance de l'ensemble des données litigieuses¹⁴³⁵ et donc la sauvegarde de la cohérence du système de règlement des litiges¹⁴³⁶, mais permet aussi de justifier le dessaisissement des juridictions étatiques de certaines affaires qui, à tous les égards arbitrables, viennent engorger les tribunaux publics. L'attraction des tiers à une seule et même procédure d'arbitrage serait aussi un moyen efficace pour le traitement judiciaire et organisationnel de certaines difficultés processuelles liées à l'arbitrage.

977. Pour sa part, l'équité permet aux arbitres de faire face à certaines situations particulières où il devient impossible pour eux de trancher ou de rendre une décision

¹⁴³⁴ Cf. Jean Pierre ANCEL, « *L'arbitrage international : principes et systèmes* », APD, 2010, p. 200 et s.

¹⁴³⁵ Ali BENCHENEB, « *À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international* », in, *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Éric LOQUIN*, LexisNexis, V. 51, 2018, p. 57, spéc. 73.

¹⁴³⁶ V. en ce sens : Claire DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, thèse de doctorat, droit, préf. F.-X. TRAIN, L.G.D.J, 2012., n° 15, p. 17.

sans l'attraction d'un tiers impliqué, et ce, en raison de l'impasse que crée une disposition légale ou conventionnelle. Ainsi, l'équité permet de répondre, par de ce qui est *bon et équitable* pour les litigants, à des impératifs d'ordre pratique.

978. Par ailleurs, l'attraction des tiers à une même procédure d'arbitrage a l'avantage de prendre en considération les intérêts du commerce international, car la consécration de la règle de l'attraction permettrait de renseigner et prévenir les opérateurs sur le régime libéral applicable à la procédure en cas d'implication des tiers, et d'éviter en amont le développement de ces procédures parallèles et contrer les « *nocivités* »¹⁴³⁷ qui peuvent en résulter. Une telle solution est non seulement favorable aux litigants en ce qu'elle favorise à réaliser une économie des coûts et du temps, mais participe également à la promotion du droit français de l'arbitrage à l'international, ce seront d'ailleurs les deux points, à analyser, de la dimension économique et politique justifiant l'attraction.

A. *La dimension organique et procédurale de l'attraction*

979. Nous identifions trois objectifs majeurs qui ont trait à la procédure et susceptibles d'être assurés par la règle de l'attraction : l'évitement de la contrariété de décisions, que nous verrons dans une partie dédiée¹⁴³⁸, la bonne administration de la justice par l'unification du contentieux (1) et l'équité (2).

1. *La bonne administration de la justice par l'unification du contentieux*

980. **L'attraction au service de la bonne administration de la justice**¹⁴³⁹. La justice arbitrale ne doit pas être conduite dans l'ignorance d'intérêts extérieurs aux parties. Des objectifs, tels que la bonne administration de la justice, le besoin de coordination¹⁴⁴⁰, ou encore l'évitement d'éventuelles contrariétés, inconciliabilités ou incohérences de décisions pourraient pousser les arbitres à faire exception de certains principes directeurs et ainsi percer la nature conventionnelle et volontaire de

¹⁴³⁷ V. la *préf.* de M. François-Xavier TRAIN, in, *Ibid.*, p. XI.

¹⁴³⁸ V. *infra.* n° 1277 et s.

¹⁴³⁹ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 327, p. 250.

¹⁴⁴⁰ Cf. Claire DEBOURG, *loc. cit.*

l'arbitrage. Il est pensable et même observable que les arbitres, au nom des préoccupations qui relèvent de la bonne administration de la justice, soient investis d'une compétence élargie pour statuer sur des litiges qui concernent des tiers non-signataires de la convention d'arbitrage.

981. La bonne administration de la justice, notion insaisissable et sujette à de diverses interprétations¹⁴⁴¹, peut être définie comme l'ensemble des outils procéduraux permettant un bon fonctionnement des tribunaux dans le but d'atteindre une bonne justice, et cela, peu importe que ces outils mettent en balance des intérêts divergents ou dérogent aux normes constitutionnelles ou législatives au regard des circonstances de l'espèce. L'usage de la terminologie « *bonne administration de la justice* » est très ancien¹⁴⁴², mais celui-ci n'avait pas la même portée qu'aujourd'hui, c'est-à-dire une portée organique. La fonction organique du principe de la bonne administration de la justice a été reconnue pour la première fois par le Conseil constitutionnel, dans une décision en date du 23 janvier 1987¹⁴⁴³. Aux termes de cette décision, qui a été émise pour vérifier la conformité de la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence aux conditions prévues à l'alinéa 2 de l'article 61 de la constitution, le Conseil constitutionnel a fait de la bonne administration de la justice un fondement juridique de la dérogation aux blocs de compétences entre les deux ordres de juridictions¹⁴⁴⁴. Un fondement qui sera inscrit quelques mois plus tard dans la loi portant réforme du contentieux administratif du 31 décembre 1987¹⁴⁴⁵ et élevé, dans une décision du 3 décembre 2009¹⁴⁴⁶, au rang d'objectif de valeur constitutionnelle. Depuis, la bonne administration de la justice est passée d'une simple notion à peine définie à celui de principe ou de standard juridique¹⁴⁴⁷ invoqué par les plus hautes juridictions¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴¹ Hélène APCHAIN, « *Retour sur la notion de bonne administration de la justice* », *AJDA* 2012, p. 587.

¹⁴⁴² V. par exemple les propos introductifs du discours de Chrétien-François II de Lamoignon pour annoncer l'édit du roi portant suppression des tribunaux d'exception en 1788 : « *Il existe dans le Royaume un très grand nombre de Tribunaux particuliers, qui font autant d'exceptions à l'administration de la justice ordinaire* », ou encore les conclusions du commissaire du Gouvernement Bernard de 1959 qui disait que : « (...) vous n'avez jamais hésité à puiser dans votre fonction de juge suprême du contentieux administratif les pouvoirs nécessaires pour assurer une bonne administration de la justice au sein de la juridiction administrative », in, Sirey, 1959, p. 146, à propos de la jurisprudence du CE ass., 11 mai 1959, *Miret*.

¹⁴⁴³ Cons. Const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* ; *RFDA* 1987, p. 287, note GENEVOIS, p. 301, *comm.* FAVOREU ; *AJDA* 1987, p. 345, note CHEVALLIER ; *JCP* 1987, II, p. 20 854, note SESTIER ; *Gaz. Pal.* 18-19 mars 1987, *comm.* LEPAGE-JESSUA. Dans le même sens, Décision n° 96-378 DC du 23 juill. 1996.

¹⁴⁴⁴ Cons. Const., 23 janv. 1987, *précité*.

¹⁴⁴⁵ Loi du 31 décembre 1987, portant réforme du contentieux administratif, n° 87-1127.

¹⁴⁴⁶ Cons. Const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, *AJDA* 2010, p. 80, *étude* ROBLLOT-TROIZIER et p. 88, *étude* VERPEAUX ; *RFDA* 2010, p. 1, *étude* GENEVOIS.

¹⁴⁴⁷ Olivier GABARA, « *L'intérêt d'une bonne administration de la justice* », *RDP* 2006, p. 153.

¹⁴⁴⁸ La bonne administration de la justice est une « exigence, qui peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que la juridiction administrative », in, Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, *D.* 1990, p. 161, note PRÉTOT.

Aujourd'hui, elle comporte de multiples fonctions. Hormis le rôle organique qui lui a été attribué par la décision du 23 janvier 1987 et qui consiste en la liberté donnée au législateur pour la répartition des compétences de chaque ordre juridictionnel, elle joue aussi un rôle fonctionnel, celui de garantir une justice célère et de qualité fondée sur les principes du procès équitable, c'est-à-dire un procès équilibré entre les parties, loyal et juste¹⁴⁴⁹.

982. Si la bonne administration de la justice concerne les deux ordres de juridiction, la justice arbitrale, qui présente de nombreux points communs avec la justice étatique, est-elle en mesure d'avancer ce principe pour l'organisation de sa propre institution ? Autrement dit, compte tenu du fait qu'elle est rendue par des juges privés et qu'elle est de nature conventionnelle, la justice arbitrale peut-elle être empêchée de bénéficier des dérogations aux normes constitutionnelles ou législatives ? Par la négative, mais sous conditions, répondent doctrine et jurisprudence. De toute évidence, l'arbitrage, comme disait M. OPPETIT, « *quelles qu'en soient les modalités, s'insère aujourd'hui dans la recherche du même idéal de justice que celui que poursuivent les juridictions étatiques* »¹⁴⁵⁰. C'est pour cela que la dimension organique de la bonne administration de la justice, telle qu'elle a été pensée par la jurisprudence des deux ordres de juridiction, pourrait se révéler très efficace pour combler certaines lacunes dont les solutions ne sont pas encore unanimement reconnues en droit de l'arbitrage, et surtout par certains droits étrangers. Nous verrons par la suite qu'effectivement, et excepté l'unification du contentieux à travers le mécanisme de l'extension de la clause compromissoire, le droit de l'arbitrage français rechigne à reconnaître d'autres modalités qui sont pourtant reconnues en procédure civile, ou par certains droits étrangers, et qui pourraient sans effort remédier à la problématique des procédures parallèles. Nous pensons bien entendu aux exceptions de connexité et de litispendance, mais aussi à la technique des *Anti-suits injunctions*.

983. Cela étant dit, jurisprudence et doctrine se montrent à priori très réceptives à l'idée d'un rassemblement du contentieux devant une seule juridiction arbitrale par extension de la portée de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers ou, autrement dit, par une extension de la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur des litiges nés à l'occasion d'un contrat dans lequel parties et tiers ont tissé des liens. Ce

¹⁴⁴⁹ Serge GUINCHARD (dir.), « *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès* », éd. 2^{ème}, Dalloz, 2003, p. 342.

¹⁴⁵⁰ Bruno OPPETIT, « *Philosophie de l'arbitrage commercial international* », *JDI* 1993, p. 818.

rassemblement du contentieux est dans l'intérêt à la fois de la justice et des litigants. Pour la raison que, en prévenant le développement de procédures parallèles, en interrompant ou en mettant fin à celles-ci, les litigants n'auront pas à subir les conséquences du parallélisme, à savoir la contrariété, l'inconciliabilité ou l'incohérence de décisions¹⁴⁵¹, qui plus est, seront impossible d'exécution¹⁴⁵². Ce qui est, pour sûr, un germe pour de nouveaux conflits et de nouvelles actions. D'autres problématiques telles que le coût très élevé pour engager ces procédures, la lenteur et la perte de chance de saisir de nouvelles opportunités d'affaires pourraient être également évitées. Aussi, aller dans le sens d'une fragmentation du contentieux est contraire aux intérêts du commerce international et de ce que prône l'arbitrage.

984. Mais avant de citer quelques jurisprudences ayant admis l'attraction du tiers en vue d'unifier le contentieux pour une bonne administration de la justice arbitrale (*b*), il nous a semblé d'abord pertinent de préciser que la règle de l'attraction n'est pas la seule méthode au service de l'unification, d'autres techniques sont également déployées pour contrer l'éclatement du contentieux et le développement de procédures parallèles, toujours dans le même but d'atteindre une bonne administration de la justice (*a*).

a. Les remèdes aux procédures parallèles et à la fragmentation du contentieux

985. Outre la règle de l'attraction, le droit français de l'arbitrage reconnaît un certain nombre de solutions qui, bien qu'elles suscitent un débat parmi les auteurs de la doctrine, sont déployées, suivant chaque situation procédurale, pour pallier à la problématique de la fragmentation du contentieux et le développement de procédures parallèles, mais aussi pour prévenir les contrariétés de décisions. Ces remèdes sont soit préventifs (*i*) en ce qu'ils agissent en amont de la procédure : il s'agit du principe de compétence-compétence et l'exception de la chose jugée. Soit curatifs (*ii*) intervenant au commencement de l'instance : c'est le cas de l'exception de litispendance, de connexité et de la technique des *Anti-suits injunctions*.

¹⁴⁵¹ Claire DEBOURG, *op. cit.*, n° 464, p. 387 et s.

¹⁴⁵² V. en ce sens : Cass. com., 9 juin 1987, n° 85-13.780, *Bull. civ. IV*, n° 144 ; *Rev. arb.*, 1988, p. 557.

i. Les remèdes préventifs

986. Sont considérés comme remèdes préventifs contre le développement des procédures parallèles et la contrariété des décisions : le principe de compétence-compétence et l'exception de la chose jugée.

987. **Les effets positif et négatif du principe compétence-compétence en prévention contre la fragmentation du contentieux et la contrariété des décisions.** Pour assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage, les droits étatiques, notamment français de l'arbitrage consacrent le principe de compétence-compétence, ou le principe du transfert de compétence des juridictions étatiques au profit du tribunal arbitral. En effet, la convention d'arbitrage a pour effet principal de fonder la compétence d'un tribunal arbitral pour statuer sur les litiges qu'elle vise. Posé en matière interne par l'article 1448 du CPC et applicable en matière internationale, par renvoi à l'article 1506,1° du même Code, cet effet, dit négatif, priorise la compétence arbitrale et se déploie pour priver les juridictions étatiques du pouvoir de statuer sur la compétence juridictionnelle générale, en amont et en parallèle de la procédure arbitrale¹⁴⁵³. Pour aller plus loin, le droit français retient également, à travers cet effet, l'incompétence du juge étatique pour apprécier la compétence arbitrale¹⁴⁵⁴. D'ailleurs, la jurisprudence française le définit comme : « *la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage* »¹⁴⁵⁵. L'effet négatif permet ainsi « *une neutralisation, une dépossession temporaire d'un élément classique du pouvoir de juger que détiennent les juridictions publiques : le pouvoir de juger de leur compétence* »¹⁴⁵⁶. Par conséquent, l'effet négatif ne peut tolérer la fragmentation du contentieux ou voir se développer des procédures parallèles, et oblige de ce fait les parties, sauf commun accord, à saisir l'arbitrage en cas de litige. Il est en effet, au moins pour les parties signataires, un moyen qui permet de faire l'économie des procédures en réalisant une « *économie de moyens* »¹⁴⁵⁷, car celle-ci a pour rôle d'éviter « *un détour inutile par le juge étatique* »¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵³ Cf. Magalie BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 32, p. 49.

¹⁴⁵⁴ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 674, p. 642.

¹⁴⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-17120, *Bull.*, I, n° 183.

¹⁴⁵⁶ Magalie BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 32, p. 49.

¹⁴⁵⁷ Cf. Emmanuel GAILLARD, « *L'effet négatif de la compétence-compétence* », in, *Études de procédure et d'arbitrage*, Mél. Jean-François POUDRET, Lausanne, 1999, p. 398 et s.

¹⁴⁵⁸ Olivier CACHARD, « *L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles* », *DMF* sept. 2007, n° 684, p. 721, n° 19.

988. En sus de l'effet négatif, il est logique d'attribuer au principe compétence-compétence un effet positif. En effet, l'effet positif signifie que l'arbitre est pleinement compétent pour apprécier sa propre compétence quand celle-ci est contestée devant lui¹⁴⁵⁹. Cela dit et suivant l'ordre chronologique, l'effet positif est souvent positionné derrière l'effet négatif, alors que logiquement l'effet positif devrait être devant l'effet négatif, car il se produit avant. En effet, c'est après que l'arbitre statue sur sa propre compétence que le juge étatique est dessaisi de toute compétence. Or, le principe compétence-compétence retire provisoirement au juge étatique le pouvoir d'apprécier la compétence arbitrale — effet négatif —, pour l'attribuer au premier concerné : l'arbitre — effet positif —¹⁴⁶⁰. Ainsi, et même s'il se produit en second lieu, si l'effet positif permet à l'arbitre de statuer seul sur sa propre compétence lorsque le litige est né entre deux personnes signataires, il lui permet également de statuer sur l'étendue de cette compétence lorsque le litige est causé par l'implication d'une tierce personne non-signataire.

989. Ces deux « facettes »¹⁴⁶¹ du principe compétence-compétence assurent donc pleinement son effectivité. Ainsi et en définissant positivement la compétence de l'arbitre et négativement la compétence du juge étatique, le risque de voir le contentieux souffrir de fragmentation ou de voir des procédures arbitrale et étatique conduites parallèlement relativement à un même litige, doit être exclu. Un auteur disait explicitement à ce propos que : « *Les deux facettes du principe compétence-compétence ne peuvent être dissociées à peine de promouvoir des solutions contradictoires* »¹⁴⁶². Effectivement, en présence de procédures parallèles, le risque d'aboutir à des décisions contradictoires ou inconciliables est quasi certain. En conséquence de quoi, une simple apparence de la compétence arbitrale conduirait les litigants — parties et tiers sous condition de l'attraction — à concentrer leur contentieux devant un seul for compétent, qui n'est autre que l'arbitre — l'intervention du juge étatique ne peut se faire éventuellement que dans le cadre d'un contrôle de la sentence, *prima facie* lors de la demande d'exéquatur ou de manière approfondie lors d'un recours —.

990. Ainsi, en cas de litige impliquant plusieurs parties dont certaines seulement sont signataires de la convention d'arbitrage, l'une d'elles, qu'elle soit

¹⁴⁵⁹ V. Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 375, p. 279 ; Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 674, p. 642.

¹⁴⁶⁰ V. Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 375, p. 279.

¹⁴⁶¹ Emmanuel GAILLARD, « *L'effet négatif de la compétence-compétence* », *op. cit.* ; Olivier CACHARD, « *L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles* », *op. cit.*, n° 24., p. 723.

¹⁴⁶² Olivier CACHARD, *op. cit.*, n° 24., p. 723.

signataire ou non, ne peut demander à ce que le litige soit porté devant le juge étatique afin d'échapper à la compétence arbitrale, et ce, même si le litige en question est indivisible. Cette hypothèse est envisageable lorsque l'une des parties se prévaut de l'indivisibilité du litige pour demander sa concentration entre les mains du juge étatique et non entre celles de l'arbitre. Or, au nom du principe de primauté de la compétence arbitrale — effet négatif du principe compétence-compétence —, cette prétention ne peut être valablement reçue. Au contraire, la concentration du contentieux pour cause d'indivisibilité du litige joue en faveur du tribunal arbitral et non étatique. En ce sens, la Cour de cassation a jugé très tôt que : « *si, en cas de pluralité de défendeurs, le demandeur peut à son choix assigner toutes les parties devant le tribunal de l'une d'elles, cette faculté n'existe qu'à la condition qu'il y ait indivisibilité de toutes les actions et que les parties n'aient pas, par une clause de leur marché, entendu soustraire aux tribunaux, pour les soumettre à l'arbitrage, les contestations susceptibles de s'élever entre elles* »¹⁴⁶³.

991. L'effet positif et négatif de l'autorité de la chose jugée en prévention contre la contrariété des décisions, conséquence de la fragmentation et du parallélisme. La sentence, dès son prononcé, est dotée de l'autorité de la chose jugée. L'autorité de chose jugée a deux effets principaux : le premier effet, dit négatif, implique que l'arbitre ne peut plus revenir sur ce qu'il a jugé, car la sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'il a tranchée¹⁴⁶⁴. Le second effet, dit positif, implique que les autres juridictions, étatiques ou arbitrales, ne peuvent être saisies de la même cause entre les mêmes parties¹⁴⁶⁵. Un juge étatique ou privé est normalement lié par ce qui a été jugé dans une sentence antérieure¹⁴⁶⁶. Comme à l'égard des tiers, la sentence leur est en principe opposable, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent négliger son existence. Ainsi, toute demande portée devant une autre juridiction, après que des arbitres ou des juges étatiques aient tranché le litige, devrait être déclarée irrecevable¹⁴⁶⁷.

992. Il faut préciser que l'autorité de la chose jugée est simplement d'intérêt privé¹⁴⁶⁸, elle n'est pas d'ordre public international. Une violation de celle-ci

¹⁴⁶³ Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 1957, *Rev. arb.*, 1957, p. 132 ; *RCDIP*, 1957, p. 495, note MEZGER. V. également : Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, *Peavy Compagny*, *Rev. arb.*, 2001, p. 765, note COHEN ; *JCP G*, 2001, II, 10 567, note LEGROS ; *RCDIP*, 2001, p. 522, note JAULT-SESEKE ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, (*Sté Quarto Children's Books*), *Rev. arb.*, 2002, p. 919, note COHEN ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 279, note PIC.

¹⁴⁶⁴ Éric LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, op. cit., p. 395 et s.

¹⁴⁶⁵ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, op. cit., n° 915, p. 909.

¹⁴⁶⁶ V. Jean-Baptiste RACINE, op. cit., n° 852, p. 541.

¹⁴⁶⁷ *Id.*

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, n° 853, p.541.

n'entraîne pas une contrariété à l'ordre public international¹⁴⁶⁹, à l'exception de la sentence qui contrarie une autre sentence rendue par la même juridiction arbitrale¹⁴⁷⁰. Il est également contraire à l'ordre public international la réception d'une sentence qui se trouve en situation d'inconciliabilité avec une autre sentence ou un jugement étatique¹⁴⁷¹. Ainsi, le juge français peut annuler, ne pas reconnaître ou refuser la demande d'exéquatur en de pareilles situations, c'est-à-dire en situation de contrariété ou d'inconciliabilité. Ainsi, en présence de contrariété ou d'inconciliabilité de deux décisions, qui sont souvent la conséquence de procédures parallèles et de la fragmentation du contentieux, le juge de l'*exéquatur* se voit contraint de ne pas reconnaître ou de dépourvoir de la force exécutoire, ou d'annuler la sentence demandée à la reconnaissance ou à l'*exéquatur*, car celle-ci empiète sur l'autorité de la chose jugée de l'autre sentence déjà reconnue ou ayant obtenu force exécutoire. Pour éviter de genre de situations, l'exception de la chose jugée se dresse donc comme un rempart contre la dispersion, et ce, dès le début de la procédure.

993. Par ailleurs, l'autorité de la chose jugée renvoie à la règle de consécration jurisprudentielle, de concentration des moyens et des demandes. Cette règle peut être définie comme la règle de procédure qui consiste, lorsqu'il est question d'une concentration de moyens, à incomber à la partie défenderesse l'obligation « *de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'elle estime de nature à justifier le rejet total ou partiel de la demande* »¹⁴⁷², et à la partie demanderesse de présenter à première demande l'ensemble des moyens qu'elle estime de nature à fonder sa demande¹⁴⁷³.

994. Dès le début de l'instance, il incombe donc aux parties de rassembler tous les moyens fondant leurs prétentions, sans quoi elles ne pourront plus les faire valoir par la suite. Au surplus de cette obligation, la jurisprudence ajoute l'obligation de concentration des demandes. En effet, la Cour de cassation retient qu'« *il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était*

¹⁴⁶⁹ *Id.*

¹⁴⁷⁰ V. en ce sens : CA Paris, 11 mai 2006, *Rev. arb.*, 2007, p. 101, *note* BOLLÉE ; CA Paris, 29 mai 2018, *JCP G*, 2018, 1322, n° 5, *obs.* ORTSCHIEDT.

¹⁴⁷¹ CA Paris, 10 mars, *Rev. arb.*, 2006, p. 456, *note* MIGNOT ; CA Paris, 17 janv. 2012, *Rev. arb.*, 2012, p. 569, *note* NIBOYET ; CA Paris, 26 mars, *Rev. arb.*, 2013, p. 532 ; CA Paris, 24 fév. 2015, *Rev. arb.*, 2015, p. 283.

¹⁴⁷² Cass. civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, FS-P+B+I, n° 18-23.972.

¹⁴⁷³ V. En ce sens l'arrêt de principe : Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, (*Casareo*), *D.* 2006, p. 2135, *note* WEILLER ; *JCP G* 2006, I, p. 183, § 15, *obs.* AMRANI MEKKI.

abstenu de soulever en temps utile »¹⁴⁷⁴. Ou encore, « *la demande qui ne tend qu'à remettre en cause, en dehors de l'exercice des voies de recours, une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée est irrecevable* »¹⁴⁷⁵. L'application de cette double obligation de concentration est admise en droit de l'arbitrage, car elle s'est faite par extension de la solution du droit judiciaire interne. Toutefois, bien que certains auteurs doutent de la pertinence de l'obligation de concentration de moyens et de demandes en droit de l'arbitrage¹⁴⁷⁶, *a fortiori* en matière internationale¹⁴⁷⁷, il n'en demeure pas moins qu'elle reste, au moins en matière interne, un outil qui peut être imposé à tous les protagonistes dès le début de l'instance arbitrale, y compris les tiers non-signataires, pour éviter que soient introduits de nouvelles demandes et de nouveaux moyens pour un même litige, et par voie de conséquence écarter tout risque de saisine répétée des tribunaux pour une même cause du litige. *Quid* à présent des remèdes dits curatifs ?

ii. Les remèdes curatifs

995. Le Code de procédure civile prévoit, dans le chapitre relatif aux exceptions de procédure, deux exceptions permettant de dessaisir une juridiction au profit d'une autre. Il s'agit de l'exception de connexité et l'exception de litispendance. Toujours dans le même but, dans certains droits étrangers et dans certaines hypothèses précises, la technique des *Anti-suits injunctions* peut, si elle est utilisée à bon escient et avec modération¹⁴⁷⁸, contribuer à l'interruption des procédures parallèles.

996. L'exception de connexité. La consolidation du contentieux est en partie assurée par l'exception de connexité. Cette dernière intervient lorsque deux ou plusieurs juridictions demeurent saisies d'affaires voisines¹⁴⁷⁹, ou encore « *de demandes qui, sans être tout à fait identiques en leurs causes et objets respectifs, apparaissent*

¹⁴⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13266, *Bull. civ.*, I, n° 153 ; *D.* 2008. AJ., p. 1629, note DELPECH ; *RTD civ.* 2008, p. 551, obs. PERROT ; *JCP G* 2008, II, p. 10170, note BOLARD ; *Rev. arb.*, 2008, p. 461, note WEILLER ; *Gaz. Pal.*, 21 fév. 2009, n° 52, p. 53, obs. TRAIN ; *RDC* 2008, p. 1143, note DESHAYES.

¹⁴⁷⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, FS-P+B+I, n° 18-23.370.

¹⁴⁷⁶ V. par exemple, Éric LOQUIN, « *De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 2010, n° 14, p. 201 ; Laura WEILLER, note sous Cass. civ., 1^{ère}, 28 mai 2008, *JCP G* 2008, actu., n° 245, p. 265, citée par Clair DEBOURG, *op. cit.*, n° 544, p. 442.

¹⁴⁷⁷ V. par exemple, CA Paris, 5 mai 2011, n° 10-05.314, (*ARL Somercom c/SARL TND Gida Ve Temizlik Mad Dagtim A.S.*), *Rev. arb.*, 2011, *Somm. jur.*, p.1 : « *Le principe de concentration des moyens qui fait obligation à la partie qui saisit le tribunal arbitral de regrouper ses demandes au titre d'un même contrat dans une seule et même instance est inapplicable dans l'ordre international* ».

¹⁴⁷⁸ Philippe LÉBOULANGER, « *Propos introductifs relatifs aux problématiques spécifiques à l'arbitrage commercial international* », in, coll. Procédures parallèles et décisions contradictoires, Bruylant, 2015, p. 67.

¹⁴⁷⁹ V. en ce sens : *Ibid.*, n° 651, p. 518.

susceptibles d'être jugées ensemble »¹⁴⁸⁰ — tel est le cas par exemple de deux demandes distinctes quant au fond : l'une en exécution du contrat, l'autre en annulation —. L'exception de connexité est une notion fondamentale de la dimension procédurale et organique. Bien que ses contours soient imprécis et son application parfois abandonnée à raison de la prudence des magistrats¹⁴⁸¹, elle est tout de même prévue à l'article 101 du CPC qui énonce que : « *s'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction* ». La connexité se décline en une connexité simple et une connexité renforcée lorsque les litiges sont indivisibles, c'est-à-dire lorsque les demandes sont tellement liées entre elles qu'il devient impossible de statuer sur l'une sans l'autre. En matière internationale, l'exception de connexité est consacrée à l'alinéa 3 de l'article 30 du règlement Bruxelles I bis¹⁴⁸² qui énonce que : « *Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément* ».

997. Précisons que l'exception de connexité, même si de nombreux auteurs ont relevé qu'elle est d'application incertaine en droit de l'arbitrage¹⁴⁸³, se conjugue en tous points avec la règle de l'attraction et vient même en justifier le déploiement. En effet, si la règle de l'attraction permet de légitimer la participation d'un tiers à l'arbitrage convenu par les parties, bien que non-signataire de celui-ci, le litige né de la réalisation, de l'exécution ou de la résiliation du contrat est *ipso facto* non divisible et ne peut donc par principe être instruit que devant une seule juridiction : le tribunal arbitral. Ainsi, le litige qui naîtrait d'un contrat à raison de l'implication d'un tiers non-signataire est forcément indivisible. On pense bien évidemment à la situation où un litige serait né d'un contrat prévoyant une clause compromissoire et mettant en cause un tiers non-signataire. Dans ce cas de figure, l'une ou l'autre des parties signataires décide de diriger une demande contre le tiers alors que cette demande est connexe avec celle formée au cours de l'instance arbitrale. Le fait de porter parallèlement une même affaire devant deux juridictions différentes — le juge étatique pour le tiers et le tribunal arbitral pour les parties — n'est donc pas conforme

¹⁴⁸⁰ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 337, p. 346.

¹⁴⁸¹ Cécile CHAINAIS, Frédérique FERRAND, Lucie MAYER, Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, éd. 35^{ème}, Dalloz, 2020, n° 1589, p. 1168.

¹⁴⁸² Règlement UE n° 1215/2012, art. 30 (3).

¹⁴⁸³ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 338, p. 346.

à l'esprit d'une bonne administration de la justice. Ces demandes, qui sont en réalité liées entre elles, doivent être portées devant une seule juridiction, le tribunal arbitral. C'est également la même situation lorsque deux litiges, portant sur une même question, sont nés de l'exécution de deux contrats similaires signés entre les mêmes parties et que seul un contrat contient une clause d'arbitrage. Il revient donc au tribunal arbitral de trancher les litiges nés de l'exécution de ces deux contrats et de dessaisir par conséquent le juge étatique des litiges relatifs au contrat qui ne comporte pas de clause compromissoire.

998. Mais l'exception de connexité peut dans certains cas, contrairement à la règle de l'attraction, justifier l'inclusion d'un tiers à l'arbitrage, même si ce dernier n'a pas nécessairement été impliqué dans le litige en question, sauf qu'il ne subira pas les effets de la sentence arbitrale. Il se peut parfois qu'un tiers soit complètement étranger au litige né entre deux parties, mais en raison de l'imbrication des relations contractuelles, son contrat est susceptible de faire partie des données dont l'arbitre doit tenir compte. C'est ce que M. TRAIN appelle « *les conventions extérieures à la compétence de l'arbitre* ». Selon cet auteur, pour que l'arbitre donne un effet utile à sa compétence, il sera amené quelquefois « *à s'appuyer sur [ces] conventions qui sont à la fois utiles à l'accomplissement de sa mission et en dehors des limites de sa compétence. Ces conventions en dehors de la compétence de l'arbitre [sont] néanmoins utiles à la résolution du litige en tant que fait pertinent ou outil d'interprétation du contrat litigieux* »¹⁴⁸⁴.

999. L'exception de litispendance. La consolidation des procédures exclue également le risque de litispendance. Cette situation procédurale, proche de la connexité des demandes, se rencontre lorsque deux juridictions du même degré, toutes les deux compétentes, sont saisies du même litige¹⁴⁸⁵. Un cas rarissime dans l'arbitrage, surtout en matière interne¹⁴⁸⁶, mais qu'on peut rencontrer malgré tout. À titre d'exemple, dans le cas où deux contrats similaires ont été signés par les mêmes parties, que les deux contrats contiennent deux clauses d'arbitrage différentes — différence par exemple dans le choix du siège de l'arbitrage ou de la composition des arbitres —, et que les deux parties introduisent des actions relatives à un même litige, né de l'exécution des deux contrats, devant les deux tribunaux arbitraux désignés par ces contrats. On pourrait également imaginer la litispendance lorsqu'un tiers

¹⁴⁸⁴ François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 605, p. 374.

¹⁴⁸⁵ V. art. 100 du Code de procédure civile : « *Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. À défaut, elle peut le faire d'office* ».

¹⁴⁸⁶ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 339, p. 347.

s'imisce dans l'exécution des deux contrats et que chacune des parties souhaite l'attirer devant un tribunal arbitral différent. Ou encore, lorsque l'une des parties introduit une nouvelle action sur la base des mêmes demandes qui ont été déjà formulées devant un tribunal arbitral et qui sont en cours d'instruction¹⁴⁸⁷. Pour remédier à ces cas de litispendance, il est de la bonne administration de la justice arbitrale de procéder à la consolidation des procédures devant un seul et même tribunal arbitral. C'est ce que prévoit par exemple l'article 10 du règlement CCI¹⁴⁸⁸, ou encore l'article 13 du règlement CEPANI¹⁴⁸⁹.

1000. Les *Anti-suits injunctions*. La technique des « *injonctions anti-procès* » consiste à interdire à une partie signataire d'une convention d'arbitrage de soumettre à un juge d'un autre État un litige visé par cette convention, ou bien lui ordonnant de se désister d'une instance déjà engagée devant un tel tribunal¹⁴⁹⁰. La technique participe, lorsqu'elle est en faveur de l'application de la convention d'arbitrage, à mettre fin à une instance déjà en cours ou à éviter que d'autres procédures soient ouvertes simultanément afin de concentrer le litige entre les mains d'un seul for, en l'occurrence l'arbitre, mais la technique est fortement contestée par la doctrine¹⁴⁹¹ en ce qu'elle traduit une intervention jugée inacceptable des juridictions étatiques sur la compétence des arbitres¹⁴⁹². En effet, les injonctions peuvent être utilisées dans le domaine de l'arbitrage au soutien de l'application de la convention d'arbitrage, comme elles peuvent être utilisées contre la convention en vue de protéger la

¹⁴⁸⁷ Pierre MAYER, « *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international* », in, *Liber Amicorum* Claude RAYMOND, Litec, 2004, p. 192.

¹⁴⁸⁸ « *La Cour peut, à la demande de l'une des parties, joindre dans un arbitrage unique plusieurs arbitrages pendants soumis au Règlement :*

a) si les parties sont convenues de la jonction, ou

b) si toutes les demandes formées dans ces arbitrages l'ont été en application de la même convention d'arbitrage, ou

c) si, lorsque les demandes ont été formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, les arbitrages intéressent les mêmes parties et portent sur des différends découlant du même rapport juridique et la Cour considère que les conventions d'arbitrage sont compatibles.

En se prononçant sur une demande de jonction, la Cour peut tenir compte de toutes circonstances qu'elle estime pertinentes, y compris le fait qu'un ou plusieurs arbitres ont déjà été confirmés ou nommés dans plusieurs des arbitrages et, le cas échéant, que les personnes confirmées ou nommées sont ou non les mêmes.

Lorsque les arbitrages sont joints, ils le sont dans l'arbitrage qui a été introduit en premier, à moins que toutes les parties n'en conviennent autrement ».

¹⁴⁸⁹ « *Le Comité de nomination ou le Président peut ordonner la jonction de deux ou plusieurs arbitrages pendants soumis au Règlement qui présentent entre eux un lien de connexité ou d'indivisibilité. Cette décision est prise, soit à la demande, avant tout autre moyen, de la partie la plus diligente, soit à la demande des tribunaux arbitraux ou de l'un d'eux* ».

¹⁴⁹⁰ V. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 676, p. 643 ; Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 396, p. 288.

¹⁴⁹¹ Philippe FOUCHARD considérait cette technique comme une « nuisance », in, « *Anti-suit injunctions in international arbitration. What remedies ?* », in, *Écrits de Philippe FOUCHARD*, CFA, 2007, p. 507. Pour M. Racine, cette technique est : « *une source de perturbation des procédures arbitrales* », in, *op. cit.*, n° 396, p. 288. Dans sa thèse de doctorat, Mme Magalie Boucaron-Nardetto dit de ces injonctions qu'elles ont un aspect intrusif et leur philosophie qui ne fait qu'« *entretenir l'illusion de la toute-puissance de l'ordre juridique dont elles émanent, l'illusion que les rapports existant entre ordres juridiques ne peuvent être pensés qu'en termes de verticalité et de hiérarchie, l'illusion d'une relation hiérarchique entre juridiction d'État et arbitres* », in, thèse préc. citée, n° 193, p. 170.

¹⁴⁹² V. en ce sens : Philippe LÉBOULANGER, *op. cit.*, p.71.

compétence des juges étatiques malgré la présence d'une telle convention. Dans ce dernier cas, les parties signataires sont donc enjointes à ne pas saisir le tribunal arbitral et de porter la résolution de leur litige devant les juridictions d'État, dès lors que la convention d'arbitrage leur paraît « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* »¹⁴⁹³. On parle ici de la technique des *anti-arbitration injunctions*.

1001. En plus du fait que ces injonctions sont majoritairement à l'initiative des parties et que cela peut donner lieu à une multiplication des injonctions au sujet d'une même affaire comme, par exemple, se retrouver dans une situation où il est possible d'obtenir une injonction anti-anti procès — *anti-anti-suit injunction* — qui vient contrecarrer une injonction anti-procès précédemment prononcée, la technique porte ostensiblement atteinte au principe compétence-compétence en ce qu'elle porte atteinte au pouvoir de l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence et peut donc ne pas dessaisir automatiquement le juge étatique¹⁴⁹⁴. Toutefois, si cette technique rencontre un succès dans les droits anglo-saxons, les juges français se contentent du principe compétence-compétence pour protéger la compétence des arbitres, car il en est le meilleur garant. Ces derniers se sont donc refusés, bien qu'il soit théoriquement possible d'obtenir des injonctions assorties d'astreintes en saisissant le juge des référés, de formuler de telles injonctions. C'est ce qui ressort d'ailleurs de la lecture de la jurisprudence, qui plus est, constante en ce sens¹⁴⁹⁵. On notera au passage que dans le cadre de l'Union européenne, l'affaire *West Tankers* est venue restreindre cette technique et déclarer que les *Anti-suits injunctions* prononcées en soutien de l'application de la convention d'arbitrage étaient contraires au règlement de Bruxelles I. En effet, la CJCE a jugé que : « *L'adoption, par une juridiction d'un État membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre, un motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* »¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹³ Art. II (3) de la convention de New York.

¹⁴⁹⁴ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *loc. cit.*

¹⁴⁹⁵ V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 12 oct. 2011, D. 2011, p. 3023, obs. CLAY ; *Procédures* 2011, 371, note WEILLER, RCDIP, 2012, p. 121, note MUIR-WATT.

¹⁴⁹⁶ CJCE, 10 fév. 2009, aff. C-185/07, (*Allianz Spa et a. c./West Tankers Inc.*), *Rev. arb.*, 2009, p. 407, note BOLÉE ; D. 2009, p. 981, note KESSEDJIAN, RCDIP, 2009, p. 373, note MUIR WATT.

b. *La confirmation de la dimension procédurale par la jurisprudence et la doctrine arbitragiste*

1002. Une fois les modalités d'unification du contentieux examinées, il convient à présent de donner quelques exemples de décisions jurisprudentielles, accueillies aussi par la doctrine, favorables à l'attraction des tiers à une même et seule procédure arbitrale aux fins d'unifier le contentieux, et in fine, pour une meilleure administration de la justice. Les arrêts en ce sens sont nombreux. Telle est la justification qui a été relevée, par exemple, dans la formule du célèbre arrêt *Kornas Marma*, reprise dans de multiples arrêts¹⁴⁹⁷. En effet, la cour d'appel a fait une référence implicite et discrète à la bonne administration de la justice en retenant que : « *Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter (...)* »¹⁴⁹⁸. En d'autres termes, l'implication des personnes tierces à la négociation ou à l'exécution d'un contrat, induit qu'en cas de litige relatif à ce contrat, ces personnes s'y retrouveront impliquées, ce qui expliquerait leur éventuelle attraction à une seule et même procédure.

1003. Toutefois, des références plus explicites à la bonne administration ont été relevées dans plusieurs arrêts. On fait allusion très particulièrement à l'arrêt du 7 décembre 1994 dans lequel la cour d'appel de Paris a décidé d'étendre les effets d'une convention d'arbitrage en justifiant cette extension par le fait que « *dans le droit de l'arbitrage international, les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige* »¹⁴⁹⁹. Dans cet arrêt, la cour a jugé qu'il était de la bonne administration de la justice que des arbitres se saisissent de toutes les questions relatives au litige né de

¹⁴⁹⁷ V. par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, (*aff. Alcatel Business Système*), préc. cité : « *L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* » ; CA Paris, 7 mai 2009, LPA 12 août 2009, p. 10, note BARBET : « *La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter* » ; CA Paris, 18 déc. 2018, *Rev. arb.*, 2018, p. 847 ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 37, note BENSAUDE.

¹⁴⁹⁸ CA Paris, 30 novembre 1988, (*Korsnas Marma c/Sté Durand Auzias*).

¹⁴⁹⁹ CA Paris, 7 déc. 1994, (*Jaguar*), *RTD com.*, 1995, p. 401, *obs.* DUBARRY et LOQUIN ; *Rev. arb.*, 1996, p. 245, *note* JARROSSON ; v. également dans le même sens, CA Paris, 17 déc. 1997, *RTD com.*, 1998, p. 338, *obs.* DUBARRY et LOQUIN.

l'exécution du contrat, y compris celles qui sont survenues à la suite à l'immixtion du tiers. Soucieux de l'efficacité de sa sentence, le regroupement de tous les éléments relatifs au litige permet donc aux arbitres de mieux connaître le dossier dans son ensemble, afin qu'ils puissent rendre une sentence motivée sur des fondements solides et surtout d'éviter des décisions inconciliables ou contradictoires.

1004. Dans une autre décision similaire¹⁵⁰⁰, dont on a déjà exposé les faits¹⁵⁰¹, la Cour de cassation a fait dérogation à la volonté des parties et a décidé d'étendre *rationae materiae* la clause d'arbitrage en justifiant sa décision par le fait que le contentieux présente *une véritable unité* qu'il serait difficile de le faire trancher autrement que par un seul juge¹⁵⁰². Et c'est également la même unification qui a été recherchée dans l'arrêt *Dallah*. Dans cette affaire, l'arbitre CCI a rendu trois sentences qui ont confirmé l'attraction de l'État pakistanais à l'arbitrage au motif que le ministère des Affaires religieuses du Pakistan est intervenu à l'exécution d'un contrat de construction, mise en évidence par son rôle dans la résiliation de l'accord principal. Contestant les sentences en arguant qu'il était tiers à l'accord, l'État pakistanais a formulé un recours en annulation. La cour d'appel, et afin de statuer sur le recours, a considéré qu'il était nécessaire, pour qu'elle puisse examiner l'ensemble des demandes et garantir une bonne administration de la justice, « *d'ordonner la jonction des trois procédures enrôlées* »¹⁵⁰³.

1005. L'impossibilité de statuer sur un contentieux sans la possibilité d'adjoindre à celui-ci d'autres litiges qui lui seraient liés est également retenue par la doctrine. En effet, pour M. TRAIN, l'extension *rationae materiae* de la convention d'arbitrage s'explique par « (...) *l'indivisibilité [entre contrats de l'ensemble contractuel] qui constitue le fondement de l'unification du contentieux nonobstant la volonté expresse des parties* »¹⁵⁰⁴. M. EL AHDAB a même souhaité que le recours à la bonne administration de la justice, à travers l'unification des contentieux, soit, dans le cadre des ensembles contractuels, une « *base juridique d'extension aux membres de l'ensemble* »¹⁵⁰⁵. Un autre auteur a considéré « *inapproprié* » le fait de ne pas traiter les différends qui résultent

¹⁵⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2012, (*Bartin c/Société JAB et Véolia Propreté*), n° 10-20797, D. 2012, 2995, obs. CLAY ; *Bull. Joly société*, 2013, n° 18, note COURET ; *Gaz. Pal.*, 6 janv. 2013, p. 18, note BENSUAUDE.

¹⁵⁰¹ V. Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2012, n° 10-20.797, (*Bartin c./ Société Jab et Véolia propreté*).

¹⁵⁰² V. en ce sens : Andrea PINNA, « *La reconnaissance de l'extension de la clause compromissoire à l'entité objet du contrat* », *CAPJIA*, 2013, p.117.

¹⁵⁰³ CA Paris, 17 fév. 2011, (*gouvernement du Pakistan, ministère des Affaires religieuses c./Sté Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*), *Rev. arb.*, 2012, p. 369, note TRAIN ; *JDI* 2011, p. 395, note MICHOU ; *Gaz. Pal.*, 15-17 mai 2011, p. 16, obs. BENSUAUDE ; *JCP* 2011, p. 2541, obs. SERAGLINI ; *LPA* 2011, n° 225 et s., p. 5, note DELANOY ; *CAPJIA*, 2011, p. 433, note CUNIBERTI ; *D.* 2011, Pan. 3023, obs., CLAY.

¹⁵⁰⁴ François-Xavier TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, op. cit., n° 722, p. 440.

¹⁵⁰⁵ V. en ce sens : Jalal EL AHDAB, op. cit., n° 863 et s., p. 713 et s.

de contrats interdépendants ou d'obligations étroitement imbriquées dans une seule instance, que chacune des parties ait consenti ou non à l'arbitrage¹⁵⁰⁶.

1006. Il semble que l'objectif principal derrière une telle attraction des tiers en procédant soit à une concentration, à une consolidation ou à une jonction des procédures, est la recherche d'une *justice cèle et de qualité*, pour ce faire la mobilisation de ces outils pourrait faire disparaître d'éventuelles procédures parallèles et éviter, aux parties ainsi qu'aux tiers, que des décisions concurrentes et/ou contradictoires soient rendues. Ce sont donc des mécanismes qui remédient aux risques de pluralité, de concurrence ou d'incohérence des décisions¹⁵⁰⁷. Que penser à présent de l'objectif attendu d'une extension de la convention d'arbitrage aux tiers justifiée par le principe d'équité ?

2. L'équité

1007. **L'attraction des tiers justifiée par ce qui est bon et équitable pour les justiciables.** L'équité est la justice fondée sur l'égalité, mais l'égalité qu'elle vise n'est pas la conséquence d'une application stricte de la loi. Selon CORNU : « *L'équité est la manière de résoudre les litiges en dehors des règles du droit, selon des critères tels que la raison, l'utilité, l'amour de la paix [ou] la morale* »¹⁵⁰⁸. Elle est donc un principe modérateur du droit objectif, puisqu'elle offre à celui qui a la mission de juger la possibilité de faire abstraction aux règles de droit lorsqu'il estime que leur application stricte aurait des conséquences inégalitaires ou déraisonnables¹⁵⁰⁹.

1008. En principe, les arbitres tranchent les litiges conformément aux règles de droit et ne peuvent statuer en équité que lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir, notamment lorsqu'ils statuent en amiable compositeurs. Mais en dehors de l'amiable compositeur et même si elle n'est pas clairement exprimée par les arbitres dans leurs décisions, l'équité fait partie des motivations susceptibles d'être mobilisées par les arbitres, dans des circonstances particulières, pour s'extirper de l'impasse qu'imposent certaines règles de droit ou dispositions contractuelles pour ainsi répondre, par de ce qui est bon et équitable pour les parties, aux impératifs

¹⁵⁰⁶ Cf. Mohammed Salah MAHMOUD, « *Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international* », *RDAL*, 1996, p. 593.

¹⁵⁰⁷ V. en ce sens : Clair DEBOURG, *op. cit.*, n° 634 et s., p. 509 et s.

¹⁵⁰⁸ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 410, *v. équité*.

¹⁵⁰⁹ V. en ce sens : Serge BRAUDO, *op. cit.*, *v. équité*

d'ordre pratique. Car, d'une part, les règles de droit ne sont pas toujours parfaites et adaptées à chaque fait ou situation de l'espèce et, d'autre part, il se peut que les arbitres se retrouvent face à une retranscription défectueuse de la volonté. Dans ces cas, les arbitres peuvent recourir à l'équité pour exercer un pouvoir de modération en mettant au premier plan le souci de rendre une décision juste, même si elle ne résulte pas forcément d'une règle de droit ou d'une disposition contractuelle. À condition toutefois que la décision rendue en équité soit conforme au droit et à la volonté des parties. En ce sens, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'admettre par exemple que les arbitres statuant « *en droit* » et ayant évalué une indemnité *ex aequo et bono*¹⁵¹⁰, n'avaient pas franchi le cadre de leur mission, dès lors qu'ils ont justifié que leur raisonnement en équité n'a pas affranchi les règles de droit¹⁵¹¹.

1009. C'est le raisonnement qui a été ainsi relevé dans plusieurs sentences, et notamment lorsqu'il est question d'attirer un tiers non-signataire à l'arbitrage. Ainsi, l'on peut par exemple lire à la fin de la sentence rendue dans l'affaire *Westland*¹⁵¹² que : « *Finally, l'on doit mentionner les raisons pratiques et les considérations d'équité qui ont motivé les arbitres en cette affaire, au-delà du fondement juridique. Il est justifié que Westland mette à la cause les quatre États eux-mêmes devant les arbitres. Si ce n'était le cas, il y aurait un vrai déni de justice ; en d'autres termes, Westland ne pourrait rien récupérer* ». Ou encore dans une autre sentence CCI, rendue en 1995, dans laquelle un arbitre s'est déclaré compétent pour statuer sur le lien qu'entretenait une société mère avec une de ses filiales, déclarée insolvable, relativement à l'exécution d'un contrat de construction. L'arbitre s'est appuyé sur les précédents *Westland* et *Dow Chemical* pour décider la levée du voile social en appliquant les principes de la *lex mercatoria* et de l'équité¹⁵¹³.

1010. En droit comparé, statuer en équité est largement admis¹⁵¹⁴, mais elle doit être convenue par les parties. Comme pour le droit français, certains droits étrangers n'interdisent pas aux arbitres, missionnés pour statuer « *en droit* », de modifier les conséquences de la règle de droit lorsqu'ils jugent que cette modification est

¹⁵¹⁰ Expression latine signifiant « *selon ce qui est équitable et bon* ».

¹⁵¹¹ Cass. civ. 2^{ème}, 30 sept. 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 431, note LOQUIN ; JCP 1982, II, 19752, note LEVEL ; V. également, CA Paris, 17 janv. 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 333, note MÉLIN.

¹⁵¹² Sentence CCI, 5 mars 1984, affaire n° 3879/AS, YCA, 1986, p. 127.

¹⁵¹³ Sentence CCI, 1995, aff. n° 8385, *Clunet*, 1997, p. 1061, obs. DÉRAINS : « (...) Il existe de nombreuses circonstances significatives qui fournissent encore plus de raisons de lever le voile social. Pour d'autres précédents internationaux de l'application à cette question de principes internationaux. — Voir également *Westland Helicopters Limited vs. AOI, etc.*, Affaire CCI n° 3879/AS, dans laquelle le tribunal, confronté à une entité internationale dépourvue de ressources financières, déclara liés les états qui avaient créé cette entité et estima que : "L'équité, ainsi que les principes du droit international, permet au voile social d'être levé de façon à protéger les parties contre un abus à leur détriment" ».

¹⁵¹⁴ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 883, p. 875.

nécessaire, dès lors qu'ils justifient aux litigants que l'équité qui a conduit à un tel ou tel raisonnement est conforme à la loi, ou du moins à *l'esprit de la loi*¹⁵¹⁵. M. LOQUIN disait, à l'occasion d'un débat qui a été organisé par la Cour de cassation, à propos de l'utilisation de l'équité et de la règle de droit que : « *Récemment, étant arbitre amiable compositeur, je me suis plié aux obligations que m'imposait la jurisprudence en la matière et j'avoue que j'ai été parfois embarrassé pour justifier systématiquement de l'équité de toutes les règles de droit que je devais appliquer. En revanche, dès l'instant que l'une des parties fonde sa prétention sur l'équité et que l'arbitre ne répond pas à cet argument d'équité en affirmant simplement que la règle de droit donne telle solution, très clairement, l'arbitre ne respecte pas la mission qui lui est confiée* »¹⁵¹⁶.

1011. Néanmoins, nonobstant que l'équité soit une justification « *entendable* » à l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers, nous le verrons, les arbitres ne doivent pas perdre de vue les données objectives. Car se satisfaire de la seule équité pour justifier l'extension, surtout lorsque les parties n'ont pas convenu d'une amiable composition, peut être interprétée comme une atteinte grave à la règle de droit et au caractère volontariste de l'arbitrage, remettant ainsi en cause l'efficacité des sentences rendues en ce sens. C'est l'avis également de Mme JAULT-SESEKE qui disait que : « *Alors que de façon générale, on admet que l'équité guide le juge dès qu'il n'est plus tenu par une volonté clairement exprimée, la matière de l'arbitrage fait preuve d'un certain particularisme : l'équité s'efface devant la volonté de reconnaître l'efficacité de la clause compromissoire. La solution se recommande de l'interprétation effective de la clause : on considère en général que si la clause, même mal formulée, mentionne l'arbitrage, c'est que les parties ont entendu en faire le mode de règlement de leurs litiges* »¹⁵¹⁷. Ces éléments étant précisés, il y a une autre dimension que nous devons prendre en compte, il s'agit de la dimension économique et politique.

B. *La dimension économique et politique de l'attraction*

¹⁵¹⁵ Car il se peut parfois qu'il y ait conflit entre la lettre de la loi qui n'accepte qu'une lecture rigide et son esprit, qui est la finalité sociale de la règle. Suivant la méthode téléologique de l'interprétation de la règle de droit, le juge doit donc faire prévaloir l'esprit de la loi sur sa lettre.

¹⁵¹⁶ Bulletin d'information de la Cour de cassation, l'arbitrage interne — Débats — consulté le 14 juillet 2021, https://www.courdecassation.fr/publications_26/archives_9929/bullet...ur_cassation_27/hors_serie_2074/arbitrage_interne_debats_9236.html.

¹⁵¹⁷ Fabienne JAULT-SESEKE, « *De l'arbitrabilité d'un litige relatif à un contrat de conseil* », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2003, (Nègre c./Vivendi), RCDIP, 2003, p. 641.

1012. L'efficacité de la justice arbitrale, à travers une recherche de l'équité et de la bonne administration de la justice, est certainement ce qui intéresse au plus haut degré le milieu juridique et surtout les acteurs du droit. Toutefois, et au-delà de la dimension procédurale et organique de l'attraction, d'autres considérations qui, bien qu'elles soient prises en considération de manière secondaire pour justifier l'attraction, ne sont pas moins négligeables, notamment lorsqu'il s'agit des intérêts économiques des litigants (1), ou politico-judiciaires, manifestés ici par la volonté de promouvoir le droit français de l'arbitrage international (2).

1. Les intérêts économiques et l'attraction

1013. M. OPPETIT disait que : « *L'analyse économique du droit fournit au juriste une méthode, qui procède d'une vision dynamique du droit. Cette méthode propose d'abord une description de la réalité : elle procure un cadre et une grille d'analyse pour évaluer les conséquences pratiques et le coût économique de l'application concrète des règles de droit* »¹⁵¹⁸. Effectivement, sans un examen de la dimension économique et financière des règles de l'arbitrage, en l'occurrence ici la règle de l'attraction, on aura certainement occulté la cause essentielle pour laquelle des parties se soustraient volontairement à la compétence des tribunaux étatiques pour résoudre leurs litiges devant un tribunal arbitral, et la raison pour laquelle elles demandent à ce qu'une tierce personne non-signataire soit atraite à la procédure d'arbitrage. La règle de l'attraction, qui ambitionne d'être une règle à part entière du droit de l'arbitrage, doit donc intégrer et prendre en compte la dimension économique et financière pour s'entériner davantage.

1014. Lorsque des opérateurs choisissent de soumettre leur litige au tribunal arbitral plutôt qu'au tribunal étatique ou inversement, c'est parce qu'ils ont évalué les conséquences économiques et financières de chaque décision. L'orientation du choix des parties, qui est ici économique, prend en considération le temps de l'instance, qui peut être long si l'affaire est portée devant le tribunal étatique, alors que le tribunal arbitral est beaucoup plus célère offrant une possibilité aux litigants de tourner la page du conflit et se tourner vers l'avenir ; le coût de la procédure — sont visés ici les frais d'avocats, d'arbitrage, d'expertises... etc. ; la méthode de calcul

¹⁵¹⁸ Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, éd. 1^{ère}, Dalloz, 1999, p. 69.

des dommages et intérêts alloués par les différents droits nationaux et le degré de confidentialité post-jugement — ce dernier point est primordial pour toute société en litige, car il lui permet de préserver son image et sa notoriété qu'elle entretient vis-à-vis de ses clients et partenaires. Une publicité des jugements, surtout si la société est condamnée pour des actes ou pour des agissements déloyaux ou frauduleux, pourrait ternir l'image ou déconstruire les liens de confiance qu'elle s'est efforcée à entretenir — . Ces éléments doivent être donc sérieusement pris en compte surtout que ces opérateurs se trouvent dans un marché où tous les acteurs sont sous la tension de la concurrence.

1015. C'est dans ce contexte d'ailleurs que la dimension économique facilite la décision de l'extension de la convention d'arbitrage. En effet, si les parties estiment, au début de leur contrat, que l'arbitrage serait, compte tenu de l'évaluation faite des intérêts économiques, le choix le plus judicieux pour la résolution des litiges nés de leur contrat ou liés à celui-ci, on ne voit pas pourquoi les arbitres ou les juges s'abstiendraient de prendre en compte lorsqu'une tierce personne s'implique au contrat. Certes, de l'attraction des tiers ne sera pas fondée uniquement sur l'évaluation des risques économiques, car il faudra en plus mobiliser les autres fondements souvent rappelés, à savoir l'implication, la connaissance, ainsi que les justifications dites confortatives de l'attraction. Ainsi, la dimension économique a son importance aussi bien dans la décision de rendre opposable aux tiers la convention d'arbitrage ou dans le cas où les tiers s'en prévaudraient pour l'opposer aux parties. Qu'en est-il à présent de la dimension politico-judiciaire, manifestée par la promotion du droit français de l'arbitrage international ?

2. *La promotion du droit français de l'arbitrage international*

1016. La règle matérielle qui consiste à étendre les effets de la convention d'arbitrage aux tiers non-signataires, dans l'ordre des exigences envisagées plus haut, est-elle en mesure de participer à la promotion du droit français de l'arbitrage international ? Pour répondre à cette question, même si ça peut sembler à première vue « *tirée par les cheveux* », il faut rappeler tout d'abord que la plupart des mécanismes d'attraction des tiers aux effets de la convention d'arbitrage sont connus

et plus ou moins acceptés en droit comparé¹⁵¹⁹, ce qui peut faire légitimement douter de la pertinence de l'idée avancée. En effet, il peut paraître dénué de sens de s'interroger sur la possibilité de promouvoir le droit français à travers la solution de l'attraction alors que celle-ci est admise par presque tous les droits. Pour donner un sens à notre raisonnement, il faut insister sur le libéralisme du droit français de l'arbitrage international et la particulière souplesse des solutions qu'il propose, notamment la solution de l'extension. En démontrant, de ce fait, que les mécanismes d'attraction, bien qu'ils soient admis dans la plupart des droits étrangers, ne s'appliquent pas partout de la même façon et aux mêmes conditions très libérales dégagées par la jurisprudence française.

1017. Faut-il rappeler également que la solution française de l'extension, si elle est susceptible de promouvoir le droit français, n'est qu'un argument parmi d'autres, puisque le choix du droit applicable, de la procédure ou encore du siège de l'arbitrage est motivé par diverses raisons historiques, politiques, économiques, ou encore sociales et environnementales. Aujourd'hui, si Londres est la première place mondiale de l'arbitrage devant Paris, à l'exception des arbitrages CCI¹⁵²⁰, c'est que cette position, qu'elle a obtenue récemment, n'est assurément pas justifiée par la souplesse du droit anglais, car beaucoup moins libéral que le droit français — surtout sur la question de l'extension compromissoire —¹⁵²¹, mais elle est due essentiellement à des considérations pratiques telles que la langue — l'anglais est aujourd'hui incontestablement la langue internationale des affaires et de la plupart des sentences —, ou la rémunération et les avantages financiers qu'offre la place de Londres — honoraires très élevés pour les arbitres, avocats et autres praticiens de l'arbitrage, ce qui est de nature à attirer d'éminents spécialistes et des arbitres de qualité —. D'autres considérations sont particulièrement historiques manifestées par l'héritage du passé colonial de l'empire britannique. À cet égard, il faut observer que les opérateurs des pays qui furent sous domination de la couronne britannique préfèrent aujourd'hui organiser leur arbitrage sous l'égide des institutions d'arbitrage anglaises et selon le droit anglais ; un droit qui leur est plus ou moins familier, puisqu'il a inspiré la législation commerciale de la plupart de ces pays. D'ailleurs, il n'est pas impossible de rencontrer des affaires pour lesquelles des litigants élisent

¹⁵¹⁹ V. en ce sens : Jean François POUDRET, Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, L.G.D.J., Schöthess, 2002, n° 264 et s., p. 239 et s.

¹⁵²⁰ V. en ce sens : *places d'arbitrage : Paris v. Londres*, la Revue Squire Patton Boggs, 15 janv. 2014 : https://larevue.squirepattonboggs.com/places-d-arbitrage-paris-v-londres_a2247.html. Consulté le 22 juillet 2021.

¹⁵²¹ V. en ce sens : Jean François POUDRET, Sébastien BESSON, *op. cit.*, n° 263, p. 238.

Paris comme siège de leur arbitrage — en raison des coûts largement moins élevés que ceux engagés à Londres —, mais prévoient en revanche le droit anglais comme norme applicable au fond du litige. On peut ainsi dire que la *Common Law* est aujourd’hui un système juridique très influent.

1018. Par ailleurs, si la plupart des droits étrangers reconnaissent l’effet mobilisateur de la convention d’arbitrage, c’est-à-dire l’effet d’attraction, il ne fait aucun doute que c’est au regard des conditions de mise en œuvre, tirées des règles matérielles françaises, que le libéralisme et la souplesse des solutions françaises apparaissent au grand jour. Un éclair comparatif entre différents systèmes juridiques pourrait en attester. Effectivement, si l’on examine par exemple les jurisprudences anglaise et suisse, on se rend compte qu’elles sont nettement plus restrictives que les jurisprudences française ou américaine¹⁵²². Alors que ces dernières admettent largement l’opposabilité avec des conditions de mise en œuvre très souples et parfois même très contestées en raison de leur libéralisme excessif¹⁵²³ — rappelons quand même que la jurisprudence française avait jugé par exemple que l’existence d’un groupe de contrats ou de sociétés suffisait à elle seule pour déclencher l’extension de la clause d’arbitrage aux autres membres du groupe¹⁵²⁴, ou encore il est suffisant qu’il soit établi que la situation du tiers fasse *présumer* qu’il a eu connaissance de l’existence de la convention d’arbitrage¹⁵²⁵ ; ou plus libérale encore lorsque le simple intérêt à l’exécution peut justifier l’extension dans le cadre d’un ensemble contractuel¹⁵²⁶. Du côté de la jurisprudence américaine, le bénéficiaire d’un contrat qui ne l’a pas signé n’est pas recevable à contester la convention d’arbitrage dont les termes sont contenus dans ledit contrat¹⁵²⁷. Le droit positif anglais ou suisse attache en revanche à la règle d’extension des conditions très rigides. Pour fournir une illustration, l’alinéa premier de l’article 178 de la Loi fédérale sur le Droit international privé suisse [LDIP] exige que la convention d’arbitrage, pour sa validité, soit passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d’en établir la preuve par un texte.

¹⁵²² *Id.*

¹⁵²³ V. en ce sens : Ibrahim FADLALLAH, « Clause d’arbitrage et groupes de sociétés », *op. cit.*, n° 39-40, p. 117-119 : « il faut éviter de créer une présomption d’extension de l’arbitrage au groupe, à peine de provoquer un réflexe de défense qui pourraient aller jusqu’au refus de tout arbitrage » ; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 504, p. 304, disaient à propos de l’arrêt (*Sponsor AB*) du 26 novembre 1986, qui a fait de la règle de l’extension telle qu’annoncée par l’arrêt (*Dow Chemical*) et reprise par lui une règle de droit, que : « ce faisant, la cour d’appel de Pau est sans doute allée trop loin ».

¹⁵²⁴ V. par exemple l’arrêt de la CA Paris, 28 nov. 1989, (*Cotunav*), *Rev. arb.*, 1990, p. 675, note MAYER.

¹⁵²⁵ CA Paris, 30 novembre 1988, (*Korsnas Marma c/Sté Durand Auzias*), *Rev. arb.*, 1989, p. 691 et s., note TSCHANZ.

¹⁵²⁶ CA Paris, 9 juin 2017, *Rev. arb.*, 2018, p. 639, obs. BARBET : « La clause compromissoire [...] s’applique au tiers qui a consenti à son application ou est directement intéressé à l’exécution des contrats participant à l’ensemble contractuel ».

¹⁵²⁷ V. en ce sens : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 499, sous note 159, p. 299. Les auteurs ont cité la sentence (*Deloitte Norandit v. Deloitte Haskins & Sells*), US n° 93-7271 (2d cir. Nov. 22, 1993), in, 4 *World arb. & Med. Rep.*, p. 306 (1993).

Ce n'est donc que si cette exigence est accomplie, même si certains auteurs essaient d'en atténuer la teneur¹⁵²⁸, qu'il y a lieu d'interpréter les textes pour déterminer s'il y a ou pas une éventuelle attraction d'une tierce personne non-signataire, alors que cette exigence n'existe en droit français qu'en matière interne et absente des règles matérielles. Autre point témoignant de la rigidité du droit positif suisse, contrairement à ce qui est préconisé en droit français, est le fait que la jurisprudence suisse fait prévaloir le principe de l'indépendance juridique des personnes morales sur la notion économique de groupe de sociétés¹⁵²⁹, ce qui est de nature à faire application du principe de l'effet relatif et écarter celui de l'opposabilité.

1019. En ce qui concerne les restrictions du droit anglais, celui-ci, alors qu'il dispose des moyens nécessaires pour faire appliquer les mécanismes d'extension tels que la levée du voile social ou l'*estoppel*, semble refuser d'opposer la clause au non-signataire impliqué dans le contrat, à l'exception s'il démontre qu'il a consenti à l'arbitrage. C'est ainsi que dans l'affaire *Grupo Torras c./Al Sabah*¹⁵³⁰, la cour d'appel anglaise a refusé de lever le voile social contre un dirigeant dont la société, contrôlée par lui, a conclu une clause d'arbitrage avec la société mère de la demanderesse qui l'a assigné en justice, alors que si l'affaire avait été jugée selon les règles matérielles françaises, la société ou le dirigeant auraient été certainement attirés à la convention d'arbitrage. De la même manière, dans la récente affaire, dénommée *Kabab Ji c./Kout Food Group*¹⁵³¹, dont les faits ont été rappelés antérieurement¹⁵³², la jurisprudence anglaise avait refusé d'étendre les effets de la clause compromissoire à la société mère même s'il y avait suffisamment d'éléments pour appliquer la théorie de l'*estoppel*. La *court of appeal* s'est appuyée, pour justifier sa décision, sur le précédent *Business Exchange Centres Limited c./Rock advertising*¹⁵³³ dans lequel les juges ont posé une série de critères pour faire appliquer l'*estoppel*. Ayant constaté que ces critères ne pouvaient être retrouvés dans l'affaire *Kabab Ji c./KFG*, la cour d'appel a déclaré que le tribunal arbitral était incompétent à l'égard de la maison-mère KFG et a rejeté la demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue¹⁵³⁴. Mais une fois

¹⁵²⁸ V. Par exemple : Marc BLESSING, « Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives », Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 1999, n° 504, p. 189 et s., cité par Jean François POUDRET et Sébastien BESSON, *op. cit.*, n° 258, p. 233.

¹⁵²⁹ Jean François POUDRET, « L'extension de la convention d'arbitrage : approche française et suisse », *JDI* 1995, p. 893-915.

¹⁵³⁰ Court of appeal, 26 May 1995, (*Grupo Torras v./Al Sabah*), 1 Lloyd's Rep. 347, p. 451-452.

¹⁵³¹ Court of appeal, 6 civ., 20 January 2020, (*Kabab-Ji SAL v./Kout Food Group*).

¹⁵³² V. *supra*. n° 741 et s.

¹⁵³³ Court of appeal, 16 May 2018, (*Rock Advertising Limited v./MWB Business Exchange Centres Limited*), UKSC 24, 2018; Act 119, 2019.

¹⁵³⁴ V. en ce sens : Peter ROSHER, « Conflict de cultures sur les limites de la séparabilité de la clause compromissoire et incidence de la volonté des parties sur les règles régissant l'extension de la clause compromissoire », *CAPJIA* 2020, p. 61.

l'affaire passée devant le juge français, qui a été saisi parallèlement pour un recours en annulation, ce dernier a accepté d'étendre les effets de la convention d'arbitrage à la société mère conformément à la règle matérielle dégagée de l'arrêt *Kornas Marma c./Sté Durand Auzias* qui a soumis l'extension de la clause compromissoire aux principes de validité et d'efficacité propres, puisque le juge français a relevé qu'il y avait suffisamment d'éléments caractérisant l'implication de *KFG* dans l'exécution et la résiliation des accords en question.

1020. Après cette brève comparaison entre droits français, anglais et suisse, qui a mis l'accent sur le caractère très libéral de la solution française relative à l'extension, il convient d'ores et déjà de s'interroger sur les cas où cet argument pourrait être avancé afin de justifier le choix de la solution française au détriment des autres droits concurrents. D'abord, il est difficile d'imaginer, au stade de la conclusion de la clause d'arbitrage et du contrat la contenant que des opérateurs du commerce international soient en mesure de deviner que l'effet de leur rapport compromissoire atteindra de tierces personnes impliquées dans l'exécution du contrat, ou de penser prévoir des règles de droit qui faciliteraient leur attraction. Aussi, faut-il encore que ces opérateurs soient informés des règles qui encadrent l'extension prévue dans chaque droit. Pourtant, il existe deux situations que l'on pense susceptibles de prendre en considération le facteur « tiers » et les droits facilitant son attraction. Nous pensons effectivement aux contrats dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties — contrats d'adhésion —, ou à la situation dans laquelle le litige est déjà né et que l'on s'apprête à mettre en place un compromis d'arbitrage.

1021. Par rapport à la première situation, on peut supposer qu'un opérateur du commerce international, accoutumé à voir de tierces personnes s'impliquer dans l'exécution de son contrat, prévoit dans les conditions générales de ce contrat — contrat d'adhésion par exemple — une clause compromissoire soigneusement rédigée qui saurait prendre en considération la question de l'immixtion du tiers, et ce, en choisissant le droit qui serait le plus libéral et le plus souple à l'égard des exigences conditionnant la règle de l'attraction. Partant, désireux de l'arbitrage et ayant souffert de l'implication du tiers, l'opérateur n'accepterait l'idée de résoudre son conflit autrement que par le recours à la justice arbitrale. Cette hypothèse fait allusion notamment aux clauses d'arbitrage par référence insérées de manière permanente dans les chartes parties ou dans les conditions générales d'un contrat d'assurance ou de franchise. Quant au compromis, il ne fait aucun doute que lorsque

le litige est déjà né, les parties ne sont pas sans savoir le degré d'implication des tiers. Ils ont ainsi la possibilité de choisir le droit qui serait adapté à la résolution de leur litige et qui leur permettrait d'attirer sans difficulté le tiers impliqué. Autrement dit, les parties cherchent la *performativité* des règles de l'arbitrage¹⁵³⁵.

1022. Nous pensons en sus de ce qui vient d'être indiqué, que la solution française est en parfaite cohérence avec le commerce international, qui plus est, très libérale, célèbre, et que les opérateurs qui s'y retrouvent n'hésiteraient pas à faire abstraction des règles qui leur semblent rigides et, tout cela, dans le parfait respect de la sécurité juridique, et c'est exactement ce qu'offre aujourd'hui la solution française de l'extension. En somme, bien que les arguments avancés de la bonne administration de la justice, l'équité ou encore la promotion du droit français, permettent de trouver une justification extrajuridique au principe de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage, des griefs peuvent toutefois être portés à leur égard. Nous verrons par la suite que ces arguments posent diverses difficultés.

§2 Le réalisme des arguments avancés

1023. L'attraction des tiers justifiée par la bonne administration de la justice : une extension de compétence tempérée. Il n'y a de règlement unifié des litiges sous l'égide d'un seul tribunal arbitral que si l'on vérifie tout d'abord le respect des exigences indispensables à la constitution de ce tribunal. Effectivement, la possibilité donnée à l'arbitre de se déclarer compétent pour les litiges liés à la réalisation, à l'exécution ou à la résiliation du contrat, qu'ils soient à l'origine des parties ou dus à l'implication des tiers, ne doit pas en principe faire abstraction des exigences qui fondent l'arbitrage entre les parties et celles qui permettent son rayonnement à l'égard des tiers, même si l'on relève qu'au nom de la bonne administration de la justice, la jurisprudence s'est parfois autorisée à faire dérogation de certaines normes constitutionnelles ou législatives pour unifier le contentieux devant le juge étatique,

¹⁵³⁵ La performativité est une notion de mesure [qui] décrit l'efficacité des principes et règles en sciences sociales en général et en économie en particulier (Fatima Sara WEHBE, *op. cit.*, p. 266, l'autrice cite Fabien MUNIESA et Michael CALLON, « La performativité des sciences économiques », Papiers de Recherche du CSI n° 10, 2008, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00258130/document> consulté le 20 septembre 2021). Ainsi, la performativité d'une règle, en l'occurrence ici la règle de l'attraction, se mesure lors du choix de la loi applicable. C'est en ce stade que les parties doivent prendre en considération les caractéristiques de l'arbitrage et prévoir des règles qui seraient en adéquation avec l'orientation de leur contrat et favorable à la résolution d'un éventuel litige.

ce qui signifie que le juge privé peut aussi procéder de la même méthode ou des mêmes dérogations pour faire exception à certaines règles qui fondent l'arbitrage.

1024. À supposer que le contentieux présente les causes permettant son rassemblement¹⁵³⁶, il est de prime abord évident que l'absence de la clause compromissoire — l'absence ne concerne pas simplement l'inexistence de l'écrit, mais concerne également les clauses qui seraient nulles ou manifestement inapplicables —, rend impossible le rassemblement du contentieux entre les mains de l'arbitre, mais devient en revanche possible devant le juge étatique, puisqu'en excluant la clause d'arbitrage, les parties n'ont investi le tribunal arbitral d'aucune compétence, et les règles régissant le rassemblement du contentieux seront invoquées devant le juge naturel. Il en va notamment ainsi de l'extension du champ de la compétence des arbitres en cas d'immixtion du tiers. Ensuite, il faut rappeler également que pour attirer les tiers, ceux-ci doivent avoir accepté la clause d'arbitrage ou du moins avoir eu connaissance de son existence. Enfin, le morcellement du contentieux pourrait être également provoqué lorsque les parties ont manifesté une volonté contraire à l'attraction. Cette volonté contraire peut être explicite, en prévoyant par exemple des dispositions limitant l'arbitrage aux seules parties contractantes, ou implicite, en stipulant des clauses de compétences incompatibles dans deux contrats qui seraient liés — comme prévoir par exemple une clause d'arbitrage et une clause d'élection du for —, ou encore de choisir un droit qui serait rigide et très exigeant au regard des conditions d'attraction.

1025. Au surplus de ces éléments qui sont élémentaires pour constituer arbitrage entre les parties et permettent son rayonnement à l'égard des tiers, de nombreux griefs sont portés à l'encontre des causes permettant l'unification du contentieux, relativisant ainsi le principe de la bonne administration de la justice. Si l'on revient sur ces causes, on constate qu'elles sont pour la plupart insuffisantes à fonder l'unification du contentieux. Prenons par exemple le cas d'une concentration du contentieux dans une situation de connexité de demandes. Cet outil procédural, qui permet d'instruire et de juger en même temps deux demandes non identiques, mais qui présentent un lien étroit afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables¹⁵³⁷, semble, lorsqu'il est employé pour sommer une juridiction arbitrale de se dessaisir ou de surseoir à statuer au profit d'un tribunal étatique, inefficace en

¹⁵³⁶ Les causes permettant le rassemblement du contentieux sont nombreuses : connexité des litiges, litispendance, solidarité entre codéfendeurs, indivisibilité procédurale... etc.

¹⁵³⁷ V. « *connexité* », Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 238.

raison de l'existence de la convention d'arbitrage. Seule la connexité employée pour dessaisir la justice étatique au profit du tribunal arbitral est possible¹⁵³⁸, à moins que les parties au litige n'aient renoncé volontairement à la convention d'arbitrage et demandent à ce que le juge étatique soit saisi de toutes les demandes. Sous peine de commettre un déni de justice, de s'exposer à une action en responsabilité, ou de voir sa sentence annulée par le juge français, le tribunal arbitral ne peut décider unilatéralement de se dessaisir du litige ou de le porter devant une autre juridiction étatique saisie des demandes connexes ; l'arbitre aura sinon dépassé sa compétence et statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée¹⁵³⁹.

1026. En outre, la connexité est employée comme fondement à l'extension de la compétence, c'est-à-dire l'extension de la portée de la convention d'arbitrage pour concerner d'autres demandes liées, et qui seraient éventuellement portées par une tierce personne devant une autre juridiction arbitrale ou étatique. En présence d'une telle extension, la connexité serait insuffisante à justifier l'unification du contentieux si elle ne tient pas compte de la volonté des parties¹⁵⁴⁰. Sur ce point, dans un arrêt dénommé *Empresa de telecomunicaciones*¹⁵⁴¹, la cour d'appel de Paris a été appelée à se prononcer sur un recours en annulation formé contre une sentence qui a décidé d'étendre *rationae materiae* les effets d'une convention d'arbitrage en prenant pour justification la situation de connexité. La cour a confirmé l'annulation de la sentence du tribunal arbitral qui, en se fondant sur la clause d'arbitrage insérée dans un contrat de prêt, s'est déclaré compétent pour statuer sur un second contrat en raison de la connexité qui existait entre les demandes. Selon les juges du fond, la connexité qui a permis au tribunal arbitral d'étendre sa compétence au second contrat n'a pas à contrevenir à la volonté des parties, lesquelles s'étaient exprimées en faveur d'une conduite séparée des procédures. Aussi, dans une sentence CCI n° 6768¹⁵⁴², les arbitres se sont prononcés en faveur d'une dispersion du contentieux, bien que son unification ait été justifiée, étant donné que les différends étaient entre les mêmes parties et résultaient de quatre contrats connexes. Les arbitres, pour contrer l'argument du demandeur qui consiste à qualifier d'ordre public le rassemblement

¹⁵³⁸ V. par exemple : CA Rouen, 25 oct. 1984, (*Scadon c./VCK Havenbedrijf*), qui a jugé que la clause compromissoire doit être écartée lorsqu'il y a indivisibilité, mais produire un effet en cas de simple connexité.

¹⁵³⁹ Art. 1520. 3° du CPC.

¹⁵⁴⁰ V. En ce sens, Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 338 et 839, p. 346 et 829 ; Claire DEBOURG, *op. cit.*, n° 117, p. 95 ; François-Xavier TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*, n° 606, p. 375.

¹⁵⁴¹ CA Paris, 16 nov. 2006, (*Empresa de telecomunicaciones*), *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2006, n° 348, p. 65 ; *Rev. arb.*, 2008, p. 109, note DE BOISSÉSON.

¹⁵⁴² Sentence CCI n° 6768, sentence partielle (1996), inédite (Amsterdam, droit iranien). Cité par François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, sous note n° 235, p.137.

du contentieux dans le cas d'espèce, ont répondu que « *ce qui est d'ordre public, c'est le respect de la volonté des parties lorsqu'elle est clairement exprimée* ». Effectivement, les quatre contrats contenaient des clauses arbitrales divergentes, ce qui suffisait à exclure l'unification du contentieux ou plus précisément l'extension de la portée d'une clause d'arbitrage au détriment des autres.

1027. Toutefois et puisqu'il s'agit de l'opposabilité aux tiers par les parties de la convention d'arbitrage, les contractants ne peuvent que consentir à l'attraction des tiers impliqués à la procédure engagée par les parties. En revanche, nous pensons que la connexité serait difficile à mettre en œuvre lorsque c'est le tiers qui cherche à opposer la convention d'arbitrage aux parties, car le consentement de ces dernières sera exigé.

1028. Parmi d'autres raisons susceptibles de justifier l'unification du contentieux, suscitant l'interrogation sur leur efficacité en matière d'arbitrage, se trouve l'indivisibilité procédurale. Cet outil qui permet de concentrer les demandes distinctes, au même titre que la connexité, mais à un degré plus élevé — connexité renforcée ¹⁵⁴³—, a été, pendant un certain temps, source d'inefficacité pour la convention d'arbitrage. En effet, la jurisprudence a lié, dans plusieurs de ses décisions, l'efficacité de la clause compromissoire à l'absence d'indivisibilité¹⁵⁴⁴. Autrement dit, la jurisprudence refusait d'appliquer la notion d'indivisibilité entre les litiges ou les actions devant les juridictions étatiques en présence d'une clause compromissoire, car celle-ci les prive de leur compétence. À cet égard, la jurisprudence, ancienne et pour la plupart émanant de la cour d'appel, n'hésitait pas à neutraliser la clause d'arbitrage en présence d'indivisibilité, faisant ainsi dérogation à une disposition contractuelle, en décidant, par exemple, qu'une clause compromissoire donnant compétence à une chambre arbitrale doit elle aussi être écartée en cas d'indivisibilité¹⁵⁴⁵, ou encore que le for du défendeur primait sur l'efficacité d'une clause de compétence, en l'espèce d'une clause compromissoire, en cas d'indivisibilité du litige¹⁵⁴⁶.

1029. Puis, cette solution s'est assouplie. La jurisprudence a adopté graduellement une position plus conciliante en admettant, dans une série d'arrêts,

¹⁵⁴³ François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 608, p. 376.

¹⁵⁴⁴ V. par exemple : Cass. com., 13 oct. 1965, n° 62-12.016, *BT* 1966, p. 95 ; CA Paris, 18 mars 1968, (*TMS*), *RCDIP* 1969, p. 506, (3^{ème} espèce), *obs.* NORMAND ; CA Rouen, 25 oct. 1984, (*Scadoa c./VCK Havenbedrijf*).

¹⁵⁴⁵ CA Paris, 19 janv. 1948, *BT* 1948, p. 237 ; CA Montpellier, 10 nov. 1954, *BT* 1954, p. 676 ; CA Aix-en-Provence, 27 janv. 1978, (*Lesieur-Cotelle & associés c./Sté Daras*).

¹⁵⁴⁶ CA Paris, 5 avril 1968, (*Sogebly*), *DMF* 1968, p.424, *note* BOKOZBA, *cité* par Claire DEBOURG, *op. cit.*, *sous note* 182, p. 98.

que la bonne administration de la justice ne saurait faire obstacle au jeu normal d'une clause compromissoire, même en présence de litiges indivisibles¹⁵⁴⁷, ou que « *la seule constatation d'une indivisibilité ne peut pas faire obstacle au jeu de la clause d'arbitrage* »¹⁵⁴⁸, ou encore « *qu'une clause compromissoire ne saurait être écartée aux motifs d'une pluralité de défendeurs et d'une prétendue indivisibilité du litige, à supposer celle-ci démontrée* »¹⁵⁴⁹. Enfin récemment, la Cour de cassation avait décidé dans un important arrêt, en date du 9 juillet 2014, que la clause d'arbitrage insérée dans un contrat d'assurance n'était pas manifestement inapplicable à un litige relatif à un autre contrat, en l'espèce une transaction, avec lequel elle forme un ensemble indivisible¹⁵⁵⁰. De par ces solutions, qui sont exprimées de manière constante, la jurisprudence ne serait-elle pas inclinée en faveur d'une admission implicite du principe de l'indivisibilité des litiges comme outil procédural permettant un rassemblement du contentieux devant le tribunal arbitral ? Nous répondons, avec prudence, par l'affirmative, car si la jurisprudence actuelle n'écarte pas la clause d'arbitrage et ne la déclare pas manifestement inapplicable en cas d'indivisibilité des demandes, il n'y aurait alors aucun doute que la clause d'arbitrage soit appelée à déployer ses effets, et puisqu'il y a indivisibilité, ce déploiement commande à ce que toutes les demandes soient réunies devant une même et seule instance arbitrale afin d'atteindre une bonne administration de la justice, y compris celles qui sont portées à l'encontre des tiers.

1030. Néanmoins, certains auteurs pensent que l'indivisibilité doit être mobilisée avec prudence et sagesse. Tel que l'avait fait remarquer M. TRAIN en disant que : « *L'unification du contentieux au nom de l'indivisibilité ne peut être utile qu'en présence d'un ensemble [de contrats] qui est à la fois dépecé et susceptible de générer un litige indivisible* »¹⁵⁵¹, ou encore M. RACINE pour qui la convention d'arbitrage, prévue dans un contrat dont l'exécution a causé des litiges regroupant plusieurs défendeurs, « *produit nécessairement ses effets. À moins qu'il ne soit possible d'étendre la convention d'arbitrage aux tiers qui n'y étaient initialement pas parties, il en découle qu'il faudra diviser les actions : devant le juge étatique pour les défendeurs non liés par la convention d'arbitrage et devant un tribunal arbitral pour ceux qui le sont* ». Il ajoute que : « *la volonté des parties*

¹⁵⁴⁷ V. par exemple : CA Paris, 11 fév. 1987, *Rev. arb.*, 1988, p. 561 et CA Paris, 8 déc. 1988, (*Sté Sysmode et Sysmode France c./Sté Metra HOS, SEMA et Higher Order Software Inc.*), *Rev. arb.*, 1990, p. 150, note JARROSSON.

¹⁵⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, (*Quarto Children's Books*), *Bull. Civ.*, I, n° 254 ; *Rev. arb.*, 2002, p. 919, note COHEN ; *Gaz. Pal.*, 23 juill. 2002, n° 204, p. 23, obs. NIBOYET.

¹⁵⁴⁹ CA Rouen, 2^{ème} ch., 8 oct. 2002, (*Navire Walka Mlodych*), *DMF* 2003, obs. TESSEL.

¹⁵⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, n° 13-17.495, *Bull. civ. I*, n° 126 ; *D.* 2014, p. 2092, note MAZEAUD.

¹⁵⁵¹ François-Xavier TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*, n° 609, p. 377.

exprimée dans cette convention [d'arbitrage] l'emporte sur l'éventuelle indivisibilité du litige qui deviendra alors divisible par nécessité »¹⁵⁵².

1031. En définitive, l'attraction des tiers à un contentieux devant le tribunal arbitral en vue de son unification, est un des moyens pour atteindre une bonne administration de la justice. Toutefois, les causes qui servent cet objectif ne sont pas à elles seules suffisantes pour justifier cette attraction. En effet, la pertinence des outils procéduraux, que nous venons d'examiner, repose sur une double constatation : d'une part, il n'y a d'unification du contentieux sans une validité de l'arbitrage entre les parties et une volonté d'y attirer d'autres personnes non-signataires et, d'autre part, l'existence de liens économiques étroits entre les contrats ou d'une implication du tiers au contrat à l'origine des litiges — au surplus de sa connaissance ou de son acceptation —. On peut ainsi soutenir que la bonne administration de la justice est un argument qui vient en renfort à la règle de l'extension et ne peut donc à lui seul la justifier. Autrement dit, l'argument de la bonne administration de la justice arbitrale permet de « *donner une plus grande assise à la décision des arbitres lorsqu'ils ont à décider s'il est juridiquement fondé et opportun d'étendre ou non une clause d'arbitrage* »¹⁵⁵³.

1032. L'équité comme argument avancé à la justification de l'attraction des tiers : une justification, à fortiori, conforme à la loi et, à priori, de création ex -post-facto. En principe, lorsque les parties renoncent conventionnellement aux effets et aux bénéfices de la règle de droit, les arbitres, missionnés de statuer en équité, doivent faire abstraction de l'application de la loi et reçoivent parallèlement le pouvoir de modifier ou de modeler les conséquences des stipulations contractuelles¹⁵⁵⁴. Toutefois, si ces derniers sont amenés à motiver leur sentence par l'application d'une règle de droit, ils doivent justifier, sous peine de réformation ou d'annulation de leur sentence¹⁵⁵⁵, en quoi la solution retenue est conforme à l'équité¹⁵⁵⁶.

1033. Cette solution est sans doute admise dans le sens contraire, c'est-à-dire lorsque les arbitres auraient mobilisé l'équité pour motiver leur sentence, alors qu'ils

¹⁵⁵² Jean_Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 288, p. 225 et s.

¹⁵⁵³ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 1028, p. 849.

¹⁵⁵⁴ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 454, p. 430.

¹⁵⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, n° 07-19F, BICC, 1^{er} mai 2009, n° 771 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 2012, n°11-11084, BICC, 15 mai 2012, n° 762. V. Également L'article 1490 du CPC qui prévoit que : « *L'appel tend à la réformation ou à l'annulation de la sentence. La cour statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral* ».

¹⁵⁵⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 10 juill. 2003, n° 01-16964, *Juris Data* n° 2003-019932.

étaient investis pour statuer en droit, et cela, soit parce que la règle de droit est absente ou insuffisante pour régir le cas de l'espèce, ou parce que l'intérêt commun bien compris des parties l'exige. Mais puisque les arbitres sont très soucieux de l'efficacité de leur sentence, ces derniers ne décident d'outrepasser le cadre de leur mission, que parce qu'ils sont convaincus que leur sentence rendue en équité est conforme à la règle objective. C'est ce qui a été affirmé par la cour de cassation jugeant que : « *Malgré les termes qu'ils ont employés, les arbitres n'avaient pas entendu s'affranchir des règles de droit* »¹⁵⁵⁷. En revanche, s'ils statuent *ultra petita*, c'est-à-dire sur une prétention qui ne lui aurait pas été soumise, ce qui serait non conforme à la loi, la sentence peut être annulée par le juge étatique.

1034. De cette seconde situation, deux constats peuvent être tirés, relativisant ainsi l'attraction des tiers au nom de l'équité. Le premier est que l'équité doit, dans tous les cas, être conforme à la loi et/ou aux dispositions contractuelles, car la sentence qui se bornerait à faire appliquer l'équité sans qu'elle n'explique en quoi elle respecte les règles de droit doit être censurée. En statuant en équité, alors qu'il a été missionné pour statuer en droit, l'arbitre méconnaît sa mission. Le second constat nous porte à nous interroger sur la question de savoir si la mobilisation de l'équité n'est pas en réalité une justification pour décréter une règle après un fait et qui est susceptible de s'appliquer de façon rétroactive — une justification de création *ex-post facto* —, surtout lorsque la règle de droit, qui doit régir la situation de l'espèce, est absente, ou insuffisante. Tel que le confirme un auteur américain, Townsend, qui disait que « *les équités qui se dégagent des faits sous-jacents sont susceptibles d'être beaucoup plus importantes pour le résultat que la règle [de droit] qui est avancée* »¹⁵⁵⁸ ; ce qui reviendrait à créer une nouvelle règle ou à améliorer l'insuffisance d'une règle déjà existante.

Conclusion de la section I

1035. Tout bien considéré, l'approche extrajuridique justifiant l'attraction des tiers aux effets de la convention d'arbitrage appelle à une forte relativisation. D'un point de vue judiciaire et organisationnel — pratique —, la bonne administration de la justice par l'unification du contentieux, et au-delà des solutions positives qu'elle

¹⁵⁵⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 30 sept. 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 431, note LOQUIN; *JCP* 1982, II, 19752, note LEVEL

¹⁵⁵⁸ « *The equities that appear from the underlying facts are likely to be far more important to the outcome than which theory of law is advanced* », in, John TOWNSEND, « *Non-signatories and arbitration* », *A.D.R. Currents*, 1998, 19, 23; cité par Bernard HANOTIAU, « *L'arbitrage et les groupes de sociétés* », *Gaz. Pal.*, 19 déc. 2002, p. 6.

offre — permettre à des litiges d’être jugés sous une même égide rendant ainsi impossible l’exécution simultanée de deux décisions contradictoires ou différentes — , elle souffre toutefois de plusieurs griefs. En effet, outre l’exigence de validité de l’arbitrage entre les parties et des conditions de son rayonnement à l’égard des tiers, le rassemblement du contentieux au nom de la connexité ou de l’indivisibilité, sans une recherche de la volonté des tous les protagonistes, n’est pas suffisant à fonder l’extension de la portée de la convention d’arbitrage, sinon cela reviendrait à « *conférer au principe de la bonne administration de la justice une force créatrice d’obligations arbitrales* »¹⁵⁵⁹. Non seulement l’unification du contentieux au nom de l’indivisibilité du litige est neutralisée par l’absence d’une volonté allant dans le sens de l’extension de la compétence, mais le critère de l’indivisibilité présente également un champ d’application très restrictif. Ainsi, comme elle l’a fait remarquer Mme RUBELLIN-DEVICHI, « *les cas où l’indivisibilité pourrait être relevée seraient, d’ailleurs, extrêmement rares, et en tous cas ne se trouveraient jamais dans le cas d’appel en garantie, où la contrariété des décisions n’empêchera jamais leur exécution simultanée, comme toutes les fois où les différends tendent au paiement de sommes d’argent* »¹⁵⁶⁰. Nous nous résolvons donc à l’idée que la bonne administration de la justice est la finalité extrajuridique qui vient appuyer et renforcer les autres exigences objectives plaidant pour une attraction des tiers à la procédure d’arbitrage et ne vient nullement les remplacer.

1036. Quant au fait de statuer en équité, nous avons dit de cet argument, dans le cas où les arbitres sont investis de la mission de statuer en droit, qu’il est, pour le moins conforme à la règle de droit et tout au plus, une justification de création *ex-post facto*.

1037. Enfin et pour ce qui est de l’argument qui tend à trouver un lien de justification entre l’attraction des tiers et la promotion du droit français de l’arbitrage international, il n’est pas impossible de voir des opérateurs du commerce international, être au fait des solutions très libérales que proposent les règles matérielles en matière d’extension, choisir le droit français de l’arbitrage

¹⁵⁵⁹ Bien que l’auteur ait fait ce constat pour une autre hypothèse bien précise celle de l’admission de l’extension de la clause d’arbitrage sur le seul fondement du lien indirect de complémentarité entre deux contrats d’application en présence d’un contrat cadre, nous disons de la même façon que justifier l’extension de la clause d’arbitrage par des liens de connexité ou d’indivisibilité qui existeraient entre les litiges ou les actions, sans prendre en compte les dispositions contractuelles des parties, revient à reconnaître au principe de la bonne administration de la justice un rôle qui ne peut endosser, celui de créateur d’une obligation arbitrale manifestée par l’obligation de réunir deux litiges connexes ou deux procédures *lispendantes* dans un seul contentieux et devant un même tribunal arbitral. V. en détail : François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 220, p.137.

¹⁵⁶⁰ Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « *De l’effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralités de défendeurs ou appel en garantie dans la jurisprudence récente* », *Rev. arb.*, 1981, p. 45.

international en prévention à d'éventuelles attractions de personnes tierces qui seraient, en raison de la multiplication et de l'imbrication des relations que créent les contrats internationaux, impliqués dans la réalisation, l'exécution ou la résiliation de ces contrats. Nonobstant la dimension *politique* de l'argument, celui-ci est à prendre avec précaution, car il y a plusieurs éléments susceptibles de le fragiliser¹⁵⁶¹.

1038. Pour finir, toutes les données extrajuridiques que nous venons de présenter ne peuvent être retenues qu'en supplément des données objectives. Tout uniment, ces données sont confortatives des règles objectives et ne peuvent les substituer. Reste à connaître dorénavant la position des concernés par l'attraction, à savoir le dyptique : parties — tiers. Il s'agit là de savoir comment les parties et les tiers aperçoivent l'opposabilité de la convention d'arbitrage. Ce sera l'objet de nos développements subséquents.

¹⁵⁶¹ V. *supra* n° 1012 et s.

SECTION II : L'APPRÉCIATION OSCILLANTE DE L'ATTRACTION VUE PAR LE DIPTYQUE PARTIES-TIERS

1039. En faisant le choix de soumettre leurs conflits à l'arbitrage au moyen d'une clause d'arbitrage ou par voie de compromis, les parties démontrent qu'elles sont résolument tournées vers l'arbitrage. Les litiges nés ou à naître, quel qu'en soit la nature ou l'origine, devraient être réglés devant les arbitres ; les libertés individuelles initialement exprimées doivent être respectées. Mais aurait-on contrevenu à la volonté des parties si l'on attrait à l'arbitrage une tierce personne impliquée au contrat ? L'inclusion des tiers à la procédure d'arbitrage ne peut, en principe, contrevenir à la volonté des parties de recourir à l'arbitrage tant que c'est le tribunal arbitral qui est constitué et selon les modalités qu'elles ont convenues — à moins que les parties aient prévu au préalable une volonté contraire à l'extension, ou qu'elles aient manifesté leur renonciation au bénéfice de la convention d'arbitrage en saisissant directement le juge étatique —. Mais généralement, lorsque l'opposabilité de la convention d'arbitrage est à l'égard des tiers, c'est-à-dire lorsque les parties sont demanderesse, les parties sont disposés à accepter cette attraction. En revanche, ce qui pourrait être contraire à leur volonté, c'est de surseoir sur la compétence des arbitres pour l'attribuer au juge étatique, alors que toutes les conditions de l'attraction des tiers, admises en droit positif, sont réunies.

1040. Cependant et contrairement à la situation des parties, les tiers, n'ayant pas exprimé leur volonté de se soumettre à l'arbitrage, se trouvent, en raison de leur implication au contrat et de leur connaissance de l'existence de la clause, contraints d'y participer. Généralement opposés à cette attraction, à moins qu'ils voient en cette inclusion une opportunité et un intérêt particulier, les tiers considèrent cette contrainte comme une violation de leur droit, celui de saisir le juge naturel. Tel est le sentiment qui ressort d'ailleurs de la plupart des affaires où les tiers sont défendeurs. Effectivement et pour contrer cette participation, ils n'hésitent pas à arguer certains principes tels que l'effet relatif, l'indépendance juridique des personnes morales, ou encore la nature conventionnelle de l'arbitrage dont ils n'ont pas été les signataires. Ajouté à cela, les tiers, et dans un sauve-qui-peut général, peuvent même se saisir de l'insuffisance de certaines justifications liées à la connaissance ou à l'implication.

1041. En outre, lorsque l'opposabilité est invoquée par les tiers, c'est-à-dire lorsqu'ils se trouvent victime de l'exécution ou de l'inexécution du contrat contenant la clause, ces derniers, mesurant les avantages et les contraintes de l'arbitrage, ont la possibilité de demander à ce que le dommage causé soit réparé devant le tribunal arbitral selon les modalités choisies par les parties. Dans ce cas, nous pensons que les parties, qui doivent dans tous les cas répondre du dommage devant une juridiction, ne seraient pas en mesure de s'opposer à cette demande — même s'il existe des situations où l'on pourrait relever le contraire —.

1042. Ces éléments étant avancés, comment donc le diptyque apprécie-t-il l'attraction ? Serait-elle pour les tiers un mécanisme qui leur permet de bénéficier d'un droit défini par l'accord des parties ou, au contraire, serait-elle une charge, une obligation qui leur incombe, mais à la création de laquelle ils n'ont pas participé ou consenti, malgré ce que l'on pourrait dire des fondements de l'attraction ? Et qu'en est-il des parties, ne sont-elles pas sans savoir que leur volonté n'est pas affectée et que l'attraction des tiers n'est qu'une extension de cette volonté ? Peuvent-elles la refuser en s'y opposant, et pour quelles raisons ? Pour répondre à ces questions, nous commencerons par examiner l'appréciation de l'inclusion des tiers aux effets de la convention d'arbitrage par les parties (§1), avant d'examiner le point de vue des tiers (§2).

§1 L'inclusion vue par les parties

1043. Lorsque c'est au tribunal arbitral que revient la compétence de trancher un litige causé par l'implication d'une tierce personne au contrat, la volonté des parties n'est semble-t-il, pas atteinte ; il n'y a, *a priori*, aucun intérêt pour les parties de fustiger la participation des tiers à la procédure d'arbitrage. Au contraire, l'étude de la jurisprudence révèle qu'effectivement les parties sont souvent demanderesses pour que le tiers soit attiré à l'arbitrage (A). Cependant, il arrive parfois que les deux parties, toutes les deux demanderesses, s'opposent à cette attraction en renonçant à la clause d'arbitrage, et cela, soit parce qu'elles ne souhaitent pas faire profiter les tiers des avantages qu'offrirait leur arbitrage ; soit parce qu'elles voient dans l'inclusion des tiers une intrusion donnant accès à certains détails du contrat qu'elles ont voulu garder secret ; ou tout simplement parce qu'elles se gardent le droit

d'attirer ou de ne pas attirer une tierce personne, car, après tout, c'est de leur volonté dont il s'agit.

1044. Il est possible également d'imaginer l'hypothèse dans laquelle un des contractants — partie demanderesse — s'oppose à ce qu'on introduise à l'arbitrage une tierce personne qui serait complice ou de connivence avec l'autre contractant — partie défenderesse —, ou vice-versa, alors que les deux parties n'ont pas renoncé à l'arbitrage. On s'interroge donc ici sur ce que pourrait être la décision du juge étatique si une demande parallèle a été formée devant lui par la partie demanderesse. Ce dernier pourrait-il se déclarer incompétent au profit du tribunal arbitral, lorsqu'il constate que la clause d'arbitrage n'est pas manifestement nulle ou inapplicable et que les ingrédients de l'inclusion du tiers sont réunis ? Ou au contraire, doit-il se plier à la volonté de la partie demanderesse et se déclarer compétent pour statuer sur l'affaire, ce qui reviendrait donc à exclure le tiers de l'instance arbitrale ? (B).

A. *Les parties demanderesses généralement favorables à l'attraction des tiers*

1045. En présence des conditions encadrant l'attraction des tiers à l'arbitrage et en l'absence d'une volonté contraire à l'extension ou à la transmission de la convention d'arbitrage, que cette volonté contraire soit stipulée *ab initio* ou induite de la saisine du juge étatique, le fait des tiers et l'intention des parties conduisent à ce que l'effet de l'arbitrage soit étendu à l'ensemble des litiges pouvant naître des différentes relations contractuelles ; la résolution par l'arbitre du litige né à la suite de l'intervention des tiers, n'est pour les parties qu'une mise en œuvre « ordinaire » du dispositif arbitral initialement convenu. En effet, dans la plupart des jurisprudences que nous avons examinées, et dont les décisions étaient favorables à l'opposabilité, on relève que les signataires sont à chaque fois demandeurs de l'attraction. Cette volonté des parties est induite des faits.

1046. S'agissant tout d'abord de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage par transmission ou adjonction, le co-contractant initial ainsi que le tiers bénéficiaire sont tenus de soumettre leur litige à la justice arbitrale, selon les dispositions prévues par la convention d'arbitrage, et non à la justice étatique. *Ce n'est donc pas seulement un droit d'agir devant le tribunal arbitral qui est garanti à la partie*

*initiale, mais une obligation qui lui incombe*¹⁵⁶², puisque ni elle ni le tiers bénéficiaire n'ont démontré d'une volonté contraire allant dans le sens d'une renonciation mutuelle aux bénéfices de la clause d'arbitrage. Ils ne sauraient, par conséquent, se prévaloir des avantages de la justice étatique ; leurs demandes ne doivent être formées ou portées que devant le tribunal arbitral.

1047. Concernant en revanche de l'opposabilité par extension, l'inclusion des tiers est laissée, en principe, à l'appréciation du consentement des parties. Si celles-ci mettent en cause les tiers devant les arbitres, il est incontestable qu'elles sont favorables à l'attraction. Mais en réalité, nous pensons que la demande d'attraction des tiers à la procédure d'arbitrage dépasse la question de la volonté des parties. Effectivement, conscientes du risque d'incompétence qu'engendrerait une demande formée devant une juridiction étatique qui, suivant la règle de l'extension, serait inapte légalement à connaître l'affaire, les parties sont par conséquent contraintes de prendre en considération le mécanisme d'extension et l'effet négatif du principe compétence-compétence — à moins qu'elles aient renoncé à la clause compromissoire par un commun accord, rendant ainsi l'arbitrage sans effets —. À l'évidence, les cocontractants savent pertinemment qu'au stade de la formation de leur convention d'arbitrage, qu'en choisissant volontairement le tribunal arbitral, ils dessaisissent de ce fait le juge étatique de toute compétence. Le fait de prévoir à bon escient des mentions telles que : « *tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront attachés définitivement à l'arbitrage* », décider de porter devant le juge étatique la résolution du litige causé par un tiers, en sachant pertinemment que ce tiers est parfaitement attrayable selon la règle de l'extension, c'est donner au juge étatique une compétence qu'il n'a pas ; ce qui revient à condamner la procédure en cours à l'échec, puisque dans tous les cas le juge étatique se déclarera incompétent au profit du tribunal arbitral. Il en va donc de l'intérêt des parties, qui ont choisi l'arbitrage et ayant été lésées du fait de l'implication du tiers, d'appeler ce dernier au procès arbitral qu'elles auront à engager. Sans cette attraction, les tiers auraient le droit de décliner l'autorité de la sentence qui doit intervenir ou de l'attaquer par une tierce opposition. Et il y a de grandes chances que cette dernière aboutisse ou que la sentence rendue soit impossible d'exécution.

¹⁵⁶² V. en ce sens : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 724, p. 450.

B. *Sur la possibilité pour les parties demanderesses de refuser l'attraction*

1048. Selon la jurisprudence *Dalico*, l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécie, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties. Suivant cette règle, les parties sont libres de donner ou de priver d'effet une convention d'arbitrage. Elles peuvent en effet l'invoquer contre un tiers, comme elles peuvent y renoncer. Dans cette dernière hypothèse, les parties, ayant choisi de renoncer à l'arbitrage, n'auront la possibilité d'agir contre les tiers que devant les juridictions étatiques, celles-ci n'auront pas à se déclarer incompétentes. En revanche, nous l'avons dit plus haut, si les parties sont désireuses d'aller à l'arbitrage, les demandes mettant en cause les tiers ne seront résolues que par la juridiction qu'elles avaient prévue conventionnellement, à savoir le tribunal arbitral.

1049. De surcroît, la renonciation au bénéfice de la convention d'arbitrage, autrement dit faire échec au principe de transfert de la compétence des juridictions étatiques au tribunal arbitral, doit observer certaines règles. D'abord, elle doit être décidée d'un commun accord ; une partie ne peut, unilatéralement, priver d'effet une convention d'arbitrage. Ensuite, la renonciation, qui n'est soumise à aucune exigence de forme¹⁵⁶³, peut résulter d'un accord exprès ou tacite. Tel est le cas par exemple de la renonciation qui résulte de la concurrence entre deux clauses de compétence. En effet, la cour d'appel de Paris, dans une décision en date du 9 décembre 1987, a considéré comme étant une renonciation au bénéfice de la convention d'arbitrage, le fait de stipuler dans le cadre d'un ensemble contractuel composé de contrats indissociables entre les parties, une clause d'élection de for dans un contrat postérieur au contrat qui contenait la clause compromissoire¹⁵⁶⁴. La renonciation peut également être déduite de l'attitude des contractants. En effet, elle est implicitement caractérisée dès lors que l'une des deux parties a agi devant le juge étatique, alors que sa demande devait en principe être portée devant l'arbitre, et que l'autre partie se défend au fond en acceptant d'aller devant le juge étatique sans qu'elle ne soulève l'exception d'incompétence. La solution de l'extinction de la convention d'arbitrage par

¹⁵⁶³ V. en ce sens : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 736, p. 456.

¹⁵⁶⁴ CA Paris, 9 déc. 1987, *Rev. arb.*, p. 573, (2^{ème} espèce), et *obs.* PLUYETTE, *cité* par Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 736, p. 456 ; Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 180, p. 226.

renonciation implicite est constante¹⁵⁶⁵. C'est ce qui a été jugé par exemple dans un arrêt du 19 mai 2015, qui a repris presque mot pour mot l'attendu de l'arrêt *Uzinexportimport* de 1994¹⁵⁶⁶, en précisant que : « *Les parties à une convention d'arbitrage ont la faculté de renoncer à son bénéfice. Cette renonciation peut être implicite, dès lors qu'elle est certaine et non équivoque. Elle peut notamment se déduire de la saisine des tribunaux étatiques par l'une des parties, à condition qu'il s'agisse d'une demande au fond qui aurait dû être soumise à l'arbitrage* »¹⁵⁶⁷.

1050. Récemment encore, la Cour de cassation dans un arrêt du 20 avril 2017 a considéré que l'absence de contestation de la compétence du juge consulaire saisi caractérise une renonciation irrévocable des parties au bénéfice de la convention d'arbitrage prévue dans les contrats qui les lient. Les juges ont ajouté que les conséquences de la renonciation ne concernent pas seulement le contrat objet du litige, mais atteignent également les autres contrats qui forment l'opération économique de l'ensemble contractuel¹⁵⁶⁸. Autrement dit, les effets de la renonciation s'étendent *rationae materiae* et par transposition, *rationae personae* ; sans la renonciation donc, les personnes non-signataires auraient été facilement attirées aux bénéfices de la clause d'arbitrage. Toutefois, la renonciation est difficile à caractériser, lorsqu'une partie refuse la constitution du tribunal arbitral, puisque cela peut être résolu par l'aide possible de l'institution d'arbitrage ou par l'intervention du juge d'appui.

1051. Ainsi, il est donc possible pour les parties, toutes les deux demanderesse, de refuser l'attraction des tiers en renonçant tout simplement au bénéfice de l'arbitrage. Mais qu'en est-il de l'hypothèse où une partie défenderesse, complice avec un tiers, accepte avec la partie demanderesse de constituer arbitrage, mais que ces deux parties ne souhaitent pas que la tierce personne impliquée dans la violation de leur contrat participe à l'instance, ou que seule une des deux parties s'oppose à cette attraction ? Ici, nous ne nous interrogeons pas sur la renonciation au bénéfice de la clause, puisque les deux parties veulent l'arbitrage, mais nous cherchons à savoir si la volonté, unilatérale ou commune, peut conduire à un cantonnement de l'effet de la convention d'arbitrage à la seule sphère des parties. Que la volonté émane des deux

¹⁵⁶⁵ V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1975, *Rev. arb.*, 1976, p. 189, note LOQUIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1978, *JDI*, 1978, p. 908, note OPPETIT ; *Rev. arb.*, 1979, p. 230, note LEVEL ; CA Paris 7 juin 1984, *Rev. arb.*, 1984, p. 504, note MEZGER.

¹⁵⁶⁶ CA Paris, 7 juill. 1994, *Rev. arb.*, 1995, p. 107, note JAVIN : « *Les parties à une convention d'arbitrage ont la possibilité de renoncer à son bénéfice, et cette renonciation peut se déduire de la saisine des tribunaux étatiques par l'une des parties, à condition qu'il s'agisse d'une demande au fond qui aurait dû être soumise à l'arbitrage* ».

¹⁵⁶⁷ CA Paris, 19 mai 2015, n° 14-10.254, (*Société Chematur AB c/ République de Bulgarie*), *Rev. arb.*, 2015, p. 952.

¹⁵⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 2017, n° 16-11.413, *Rev. arb.*, 2017, p. 763 ; *JCP G*, 2017, p. 694, note MOURALIS ; *D.* 2017, p. 2562, obs. CLAY.

parties ou d'une seule, nous pensons qu'elle est insuffisante à faire échec au rayonnement de la convention, surtout lorsque les tiers sont parfaitement *attractables* à l'instance. En effet, l'arbitre, pour répondre aux exigences pratiques, n'hésitera pas à faire abstraction de ces volontés, qui ne consistent pas à priver totalement la convention d'arbitrage de ses effets, mais à les cantonner partiellement, afin que la sentence rendue soit cohérente et efficace. C'est exactement dans de pareilles situations que l'arbitre est en mesure de mobiliser les justifications, *que nous avons appelées, confortatives de la règle d'extension*, à savoir l'équité et la bonne administration de la justice arbitrale par l'unification du contentieux.

1052. En définitive, les parties peuvent toujours refuser l'attraction des tiers à l'instance arbitrale, mais il faut pour cela recourir à une méthode radicale, celle de renoncer définitivement au bénéfice de la justice privée. Une renonciation qui met fin aux effets internes et externes de la convention d'arbitrage. Ceci étant dit, il convient à présent de s'interroger sur la perception de l'attraction côté tiers. Peuvent-ils la demander ? Et si celle-ci est souhaitée, quel sera l'intérêt pour eux de participer à l'arbitrage ? Là encore, nous le verrons, l'appréciation de l'attraction est partagée.

§2 L'attraction vue par les tiers

1053. « *Les individus doivent souffrir pour leurs engagements* »¹⁵⁶⁹. Il est vrai que la souffrance dont parle NIBOYET concerne l'engagement des contractants en tant que signataires du contrat, mais cette réflexion est aussi valable pour décrire l'état dans lequel se trouverait le tiers qui aurait participé à la réalisation, à l'exécution ou à la résiliation du contrat. Autrement dit, les tiers doivent subir les conséquences de leur immixtion. Une souffrance pour eux, car ils se retrouvent liés par les dispositions d'une convention qu'ils n'ont pas signée ou participé à en définir les modalités, mais ils ont simplement connu l'existence. Si les parties sont souvent demanderesses de l'attraction des tiers, ces derniers la rejettent systématiquement et voient en cette *intervention forcée*¹⁵⁷⁰ à l'arbitrage une violation de leurs droits, notamment celui de

¹⁵⁶⁹ Jean-Pierre NIBOYET, « *La révision des contrats par le juge. Rapport général* », in, rapport préparatoire à la semaine internationale de droit, SLC, 1939, p. 12.

¹⁵⁷⁰ V. En ce sens l'article 331 du CPC : « *Un tiers peut être mis en cause aux fins de condamnation par toute partie qui est en droit d'agir contre lui à titre principal. Il peut également être mis en cause par la partie qui y a intérêt afin de lui rendre commun le jugement* ».

saisir le juge naturel (A). À moins qu'ils n'en tirent avantage, les tiers, et pour se défendre contre l'attraction, arguent souvent les atteintes portées à de grands principes, telles que la violation du principe de l'effet relatif, de l'autonomie de la volonté ou encore de l'indépendance juridique des sociétés. Ils n'hésitent pas non plus à relever les imperfections de la règle de l'extension ou de certains acquis de la règle matérielle française allant dans le sens de l'attraction. Cependant, il n'est pas invraisemblable de voir les tiers invoquer le contrat, et par voie de conséquence la clause d'arbitrage qui y est insérée, contre les parties qui sont à l'origine des dommages causés consécutivement à l'exécution ou l'inexécution dudit contrat, c'est le principe de l'opposabilité du contrat par les tiers aux parties (B).

A. *Le rejet de l'attraction par le tiers défendeur*

1054. Les tiers ne peuvent ignorer les conséquences de leurs actes, pour autant souhaitent-ils que ces actes soient sanctionnés par un tribunal arbitral à la constitution duquel ils n'ont pas contribué ? En réalité, nous pensons que les tiers hostiles à l'arbitrage ne le refusent pas en raison de ce qu'il est, c'est-à-dire en tant qu'institution d'origine conventionnelle alternative à la justice étatique, ou du fait qu'ils n'y ont pas consenti, mais nous pensons que ce rejet est essentiellement dû à l'évaluation pragmatique des sanctions pécuniaires résultant des dommages et intérêts susceptibles d'être accordés aux parties demanderesse. En effet, le tiers, ou le *compliance officer* chargé par ce dernier d'évaluer les éventuels risques juridiques¹⁵⁷¹, ne peut ignorer que l'arbitrage est une justice coûteuse et que les montants alloués pour l'indemnisation des préjudices subis peuvent parfois être conséquents, particulièrement en matière d'investissement¹⁵⁷². Ainsi, accepter l'arbitrage, c'est accepter la compensation des frais y afférents, mais aussi accepter de résoudre son litige selon les modalités d'une convention d'arbitrage dont le droit applicable au fond du litige peut s'avérer excessivement « réparateur ». En acceptant l'arbitrage selon les modalités choisies par les parties, les tiers s'exposent également à d'autres

¹⁵⁷¹ V. par exemple, Christophe COLLARD, Christophe ROQUILLY, « Les risques juridiques et leur cartographie : proposition de méthodologie », RSG, 2013.

¹⁵⁷² On peut citer par exemple l'affaire CRDI n° ARB/12/1 de 2019 dans laquelle une indemnisation s'élevant à 5,84 milliards de dollars accordée au groupe minier *Tethyan Copper Company* contre l'État du Pakistan, ou encore le montant de 2,3 milliards de dollars décidé en faveur de la société *Occidental Petroleum Corporation* en sanction aux agissements de l'État de l'Équateur, v. Sentence CIRDI n° ARB/06/11, 5 oct. 2012.

types de dommages et intérêts additionnels comme, par exemple, l'indemnisation punitive¹⁵⁷³. Cette dernière, bien qu'elle ne reçoive pas une consécration suffisante en droit comparé pour accéder au statut de principe général¹⁵⁷⁴, est très répandue dans les pays de la *common law* et particulièrement, aux États-Unis. En revanche, elle est écartée en droit positif français, et cela, en raison de la conception restrictive de la théorie de réparation. En effet, hormis le fait que l'arbitre, juge privé, n'a pas la prérogative d'imposer des peines, sauf si les parties lui ont expressément confié cette mission¹⁵⁷⁵, la conception française de l'indemnisation est dite intégrale. Autrement dit, la réparation ne peut être allouée si elle est inférieure ou excède le montant du préjudice subi, et cela, peu importe la nature et le degré de la faute commise ; l'indemnisation intégrale du préjudice doit être sans perte ni profit pour aucune des parties¹⁵⁷⁶. Ainsi, le tiers, s'il se trouve appeler devant le juge étatique français, éviterait certainement à supporter ces indemnités.

1055. Si l'arbitrage peut donner lieu à des indemnisations différentes et plus ou moins conséquentes, c'est parce que chaque droit national possède ses propres méthodes d'évaluation des dommages et intérêts. Ainsi, et puisqu'en l'état actuel du droit international il n'y a pas de règles d'évaluation sûres et acceptées par tous les États, les montants à allouer sont très variables en fonction des lois nationales. À titre d'exemple, en présence des litiges relatifs à l'investissement, les arbitres ont le choix entre plusieurs méthodes d'évaluation du *quantum* d'indemnité. Ainsi, pour évaluer la valeur économique de l'opération d'investissement objet du litige, les arbitres peuvent recourir à différentes méthodes comptables dont la valeur sera à chaque fois différente. Parmi ces méthodes, on cite par exemple la valeur nette comptable — « *book value* » —, le coût de remplacement ou valeur de remplacement — « *asset value or replacement cost* » —, l'analyse des transactions comparables — « *comparable transaction value* » —, opinion d'équité — « *fairness opinion valuation* » —, ou encore l'analyse des flux de trésorerie — « *discounted cash flow* » —.

1056. L'autre hypothèse, pouvant justifier le rejet de l'attraction, concerne les tiers qui n'ont pas choisi d'être jugés par un tribunal arbitral missionné pour statuer

¹⁵⁷³ V. en ce sens : Hossam MOHAMED GAMALELDIN, *Étude des règles d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international : vers une indemnisation adéquate du préjudice*, thèse de doctorat, droit, dir. Philippe DELEBECQUE, Paris I, 2014.

¹⁵⁷⁴ Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1493, p. 845, l'auteur cite E. ALLAN FARNSWORTH, « *Punitive Damages in Arbitration* », *Arbitration international*, V. 7, Issue 1, 1st March 1991, pp. 3-16.

¹⁵⁷⁵ V. En ce sens : le droit américain, A. Georges BERMANN, « *Les dommages-intérêts punitifs (punitive damages) dans le droit américain de l'arbitrage* », *RLDA*, n° 85, 2013.

¹⁵⁷⁶ Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-82.873.

en amiable compositeur. Les tiers, qui ne souhaitent pas renoncer aux effets et au bénéfice de la règle de droit, peuvent-ils refuser que l'arbitre statue comme amiable compositeur ? Il paraît au premier abord, beaucoup plus difficile pour un tiers de refuser son attraction à l'arbitrage lorsque le tribunal arbitral statue en droit, que lorsqu'il statue comme amiable compositeur. En effet, dans le cas où les arbitres statueraient en droit, la sentence rendue ne serait généralement pas en contradiction avec un jugement rendu par le tribunal étatique si l'affaire avait été portée devant lui. Bien que les deux justices empruntent des voies distinctes, les jugements rendus auront la même base légale. Ce qui est différent lorsque la sentence est prononcée en équité qui peut parfois s'écarter de la loi ou des stipulations contractuelles. En effet, pour la cour d'appel, lorsque les parties renoncent au bénéfice de la règle de droit, elles donnent aux arbitres la prérogative de modifier ou de modérer les conséquences des obligations contractuelles dès lors que l'intérêt des parties l'exige¹⁵⁷⁷. Tel est le cas par exemple de la modification de l'économie du contrat en substituant les obligations préexistantes par des obligations nouvelles¹⁵⁷⁸, ou encore évincer les droits qui naîtraient des règles supplétives, c'est-à-dire les droits nés de l'application de règles auxquelles les parties peuvent valablement renoncer¹⁵⁷⁹. Toutefois, l'amiable compositeur ne peut pas déroger aux règles d'ordre public, que ce soit l'ordre public interne ou international, comme le rappelle la cour d'appel de Paris dans une décision très récente en jugeant que : « *La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit [...], sauf lorsqu'est en cause une disposition d'ordre public au bénéfice de laquelle une partie ne peut renoncer* »¹⁵⁸⁰.

1057. Tout bien considéré, nous pensons que lorsque l'attraction est imminente, c'est-à-dire lorsque les conditions d'implication et de connaissance sont remplies, les tiers ne peuvent pas se soustraire à l'arbitrage au motif que l'arbitre statuerait en tant qu'amiable compositeur, et cela, pour plusieurs raisons. D'abord, d'un point de vue procédural, si l'attraction des tiers à la procédure d'arbitrage est vue comme une opportunité d'unifier le contentieux, il y a, selon la plupart des auteurs, identité des pouvoirs procéduraux de l'arbitre en droit et de l'amiable compositeur¹⁵⁸¹. Autrement

¹⁵⁷⁷ CA Paris, 28 nov. 1996, *Rev. arb.*, 1997, p. 381, note LOQUIN ; CA Paris, 4 nov. 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 704, obs. Y.D, CA Paris, 23 janvier 2018, n° 19-17.892, (*Christian Cabiron et autre c/ SA ITM Entreprises*).

¹⁵⁷⁸ CA Paris, 19 avr. 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 673, note LOQUIN. V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2017, n° 16-18.328.

¹⁵⁷⁹ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 884, p. 878.

¹⁵⁸⁰ CA Paris, 19 nov. 2019, n° 17-20.392.

¹⁵⁸¹ V. en ce sens : Jean-Denis BREDIN, « *L'amiable compositeur et le contrat* », *Rev. arb.*, 1984, p. 263.

dit, que l'arbitre soit investi pour statuer en droit ou en amiable composition, l'attraction des tiers sera justifiée par la bonne administration de la justice arbitrale selon l'unification du contentieux. Ensuite, l'équité ne peut déroger aux règles de l'ordre public ; l'amiable compositeur ne peut pas écarter toute règle de droit¹⁵⁸², il est donc libéré des droits supplétifs qui concernent les parties signataires et non les tiers. Enfin, il a été décidé, à propos d'une affaire où une société signataire, en complicité avec trois sociétés tierces, a délibérément porté atteinte à l'exécution de deux contrats d'affiliation et d'approvisionnement, « *qu'une sentence arbitrale est opposable aux tiers, même lorsque les arbitres, en tant qu'amiables compositeurs, ont statué en équité [alors qu'il appartenait aux arbitres de juger exclusivement en droit]* »¹⁵⁸³. Nous avons déduit de cette solution que si la sentence rendue en équité est opposable aux tiers, rien ne s'oppose à l'idée que ces derniers soient attraités dès le début de l'instance.

1058. Nonobstant les arguments avancés, il est difficile pour les tiers, suivant la règle de l'opposabilité, de refuser d'être partie à l'instance arbitrale. Si les tiers se montrent récalcitrants dans le but de rallonger ou de faire échec à la procédure, en refusant par exemple d'apporter leur concours à une mesure d'instruction, ou en s'abstenant de produire des pièces¹⁵⁸⁴ —, les arbitres peuvent tirer toute conséquence de ce refus ou de cette abstention, ils seront donc autorisés à rendre des décisions qui leur seraient défavorables et susceptibles d'échapper au contrôle du juge d'annulation¹⁵⁸⁵. Cela étant dit, il reste qu'il n'est pas impossible que les tiers soient demandeurs de l'attraction. Cela vise la situation où ils se prévalent de la clause d'arbitrage pour l'opposer aux parties, lorsqu'ils se retrouvent lésés suite à l'exécution ou à l'inexécution du contrat objet du dommage. Dans ce cas de figure, quel sera l'intérêt pour un tiers de solliciter qu'un tribunal arbitral soit constitué, c'est-à-dire d'être partie à l'instance arbitrale ? C'est-ce que nous verrons incessamment.

B. *Le cas du tiers demandeur*

¹⁵⁸² Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 884, p. 878.

¹⁵⁸³ Cass. com., 2 déc. 2008, n° 07-17539, n° 07-19201.

¹⁵⁸⁴ L'article 11, alinéa 1^{er} du CPC, applicable à l'arbitrage par renvoi à l'article 1464 alinéa 2 du même Code, énonce que : « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* ».

¹⁵⁸⁵ V. en détail sur ce point : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 373, p. 371.

1059. Les auteurs SIMLER, LEQUETTE et TERRÉ disaient que : « *De même que les parties peuvent opposer aux tiers la situation née du contrat, de même en va-t-il des tiers lorsqu'ils y ont intérêt* »¹⁵⁸⁶. Effectivement, si la convention d'arbitrage est opposable aux tiers par les parties, elle est de la même façon opposable aux parties par les tiers : c'est le principe de l'invocabilité du contrat par les tiers. Bien qu'en droit commun cette forme d'opposabilité soit généralement destinée à « *établir l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité d'un ou plusieurs contractants envers le tiers* »¹⁵⁸⁷, elle est largement admise en droit de l'arbitrage et consiste à donner la possibilité à un tiers non-signataire, qui aurait subi un dommage lié à l'exécution ou à l'inexécution d'un contrat contenant la clause d'arbitrage, de se prévaloir de la convention d'arbitrage pour demander à ce que le dommage né du contrat soit réparé devant le tribunal arbitral.

1060. Aussi, une autre situation peut amener le tiers à demander son attraction à l'instance, et cela, en raison de l'opposabilité aux tiers de la sentence arbitrale. Effectivement, il n'est pas rare qu'un tiers, non impliqué au contrat, demande son introduction à l'instance arbitrale aux côtés de l'un des contractants dont il est l'allié ou le parent¹⁵⁸⁸, dès lors les conséquences de la sentence modifieraient d'un point de vue factuel sa situation. Cette demande serait donc un moyen permettant au tiers de faire entendre sa position dans le but de défendre ses intérêts, sans quoi, il ne pourrait échapper les conséquences que provoquerait la décision finale qui lui sera sans doute opposable.

1061. En ce qui concerne le premier cas de figure relatif à la situation du tiers demandeur qui aurait subi un dommage né du contrat contenant la clause d'arbitrage, la demande d'attraction émanant du tiers ne fait en réalité qu'opposer aux parties leur propre volonté de trancher par voie d'arbitrage les litiges nés de leur contrat. Autrement dit, il ne fait que réclamer l'activation et la mise en œuvre de la convention d'arbitrage. Toutefois, les conditions de l'opposabilité ou de l'attraction sont ici différentes de celles qu'on a pu voir lorsque les parties sont demanderesses, puisque, d'un côté, la question du consentement du tiers ne se pose plus : s'il demande à être attiré à l'arbitrage, c'est logiquement qu'il y consent. De l'autre côté,

¹⁵⁸⁶ François TERRÉ, Yves LEQUETTE, Philippe SIMLER, *Droit civil : les obligations*, éd. 11^{ème}, Dalloz, 2013, n° 495.

¹⁵⁸⁷ Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *op. cit.*, n° 725, p. 768 et s.

¹⁵⁸⁸ Philippe STOFFEL-MUNCK, « *La nouvelle clause compromissoire dans les groupes de contrats* », *CAPJIA*, 2017, p. 47.

on doit chercher si le préjudice né est réellement dû à l'exécution ou à un défaut d'exécution du contrat, c'est-à-dire rechercher les conséquences de l'implication ou du défaut d'implication du côté des parties. En outre, le consentement à la demande d'inclusion du tiers lésé doit être aussi recherché du côté des contractants. Ces derniers, sont généralement défavorables à l'attraction du tiers lorsque celui-ci subi un préjudice, car ils appréhendent le système très répateur de l'arbitrage *a fortiori* lorsque certains droits étrangers ont été prévus. Il se peut également que les parties ne veulent pas d'intrus et ne souhaitent pas la modification de la portée de leur convention. Mais puisque les parties prévoient classiquement que « *tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec lui seront tranchés définitivement devant l'arbitrage* », elles ont consenti dès le départ à soumettre à l'arbitrage la résolution de tous litiges pouvant résulter de leur contrat, y compris les litiges faisant suite à des préjudices causés à autrui naissant directement ou indirectement du fait de l'exécution ou de l'inexécution de leur contrat. Ainsi, pour la jurisprudence, il suffit donc que le tiers soit *concerné directement dans l'exécution du contrat* pour que soit acquise à son égard la compétence du tribunal arbitral, sans qu'il y ait besoin de rechercher le critère de la connaissance, car déjà acquis à partir du moment où il a accepté d'invoquer la convention d'arbitrage.

1062. Ce constat résulte de l'arrêt de la Cour de cassation qui énonce comme suit : « *L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* »¹⁵⁸⁹. Cet attendu a été souvent employé dans la situation où le tiers agissait en tant que défendeur, mais la jurisprudence l'a également repris à plusieurs reprises dans la situation où le tiers est demandeur. En témoigne l'arrêt dénommé *Iakovoglou Promodos* en l'espèce duquel une société de droit français nommée *Amplitude* a, par un contrat contenant une clause compromissoire, confié à la société *Oebe Th Thotou et Cie*, de droit grec, la distribution des prothèses orthopédiques sur le territoire grec. La société *Iakovoglou Promodos*, liée par des liens capitalistiques et directoriaux à la société *Oebe Th Thotou*, a également distribué les produits de la société *Amplitude*. Cette dernière a notifié à la société *Oebe Th Thotou* la résiliation du contrat. Les deux sociétés *Oebe Th Thotou* et *Iakovoglou Promodos* ont fait prévaloir la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour statuer sur les demandes des deux sociétés et a

¹⁵⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, (*Alcatel business Systems SA et autres c/ Sté Amkor Technology et autres*), JCP 2007. II. 10118, note GOLHEN ; *Gaz. Pal.* 21-22 nov. 2007, *Doctr.*, étude TRAIN ; RCDIP 2007, p. 798, note JAULT-SESEKE ; *RTD civ.*, 2008, p. 541, obs. THERY ; LPA 2007, n°160, p. 23, note MALAN.

condamné la société *Amplitude* à leur payer diverses sommes. Cette sentence a été par la suite annulée par la cour d'appel, car selon elle : « *La clause d'arbitrage prévue au contrat (...) ne peut être étendue à la société Iakovoglou Promodos qui a réalisé l'activité de distribution des produits de la société Amplitude en dehors du champ contractuel liant cette dernière à la société Oebe Th Thotou* ». La question posée à la Cour de cassation était de savoir si la société *Oebe Th Thotou*, non-signataire du contrat de distribution, était en droit de se prévaloir de la convention d'arbitrage pour faire valoir ses droits devant le tribunal arbitral suite aux préjudices subis du fait de la résiliation du contrat. La Cour de cassation a répondu par l'affirmative et a censuré l'arrêt de la cour d'appel en jugeant que : « *L'effet de la clause d'arbitrage international contenue dans le contrat initial s'étendant aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat* »¹⁵⁹⁰.

1063. Une autre solution identique a été également affirmée par l'arrêt *Sangar*, en date du 11 juillet 2006. Dans cette décision, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel qui a refusé à un tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, en l'occurrence une société bénéficiaire d'une garantie de passif, la possibilité d'invoquer la clause compromissoire. La haute Cour a estimé que : « *La clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et donc contre la société bénéficiaire de la garantie de passif* »¹⁵⁹¹.

1064. Le tiers a été également admis à invoquer la convention d'arbitrage en présence d'une promesse de porte-fort. En effet, le tribunal arbitral, CCI de Paris, a jugé dans une affaire, opposant un fournisseur et son équipementier, tiers au contrat de vente, — tous deux demandeurs — et une société de service — partie défenderesse —, que : « [...] la possibilité pour un tiers d'invoquer la clause compromissoire d'un contrat du fait de l'existence d'une promesse de porte-fort dans ce contrat, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt du 16 juillet 1992 que le tiers n'est lié ni par la promesse ni par la clause compromissoire qu'elle contient s'il ne ratifie pas l'opération envisagée par la promesse de porte-fort. En application d'un raisonnement a contrario, la doctrine majoritaire admet que la clause compromissoire insérée dans un contrat contenant une promesse de porte-fort lie le tiers à la promesse, dès lors que celui-ci l'a ratifiée. [...] Au vu de ce qui précède et bien que la jurisprudence n'ait pas (semble-t-il) encore expressément admis l'extension de la clause compromissoire du contrat contenant une promesse de porte-

¹⁵⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, n° 11-25981, D. 2012, p. 2995, obs. CLAY; Proc. 2013, comm. WEILLER; JCP E 2013, p. 1034, obs. SERAGLINI.

¹⁵⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03-11.983, Bull. civ. I, n° 368.

fort, l'interprétation a contrario de l'arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 16 juillet 1992, relayée par la doctrine majoritaire, permet de considérer que la clause arbitrale prévue au contrat qui contient une promesse de porte fort peut en principe être invoquée par le tiers qui ratifie cette promesse de porte fort »¹⁵⁹².

1065. Passons maintenant au second cas de figure, à savoir la demande d'intégration du tiers en tant que partie « neutre » non impliquée au contrat, mais intéressée par la sentence arbitrale et des changements qu'elle pourrait produire. Ce genre de demande se rencontre essentiellement dans le cas des groupes de sociétés. Il faut noter que l'intérêt pour une société tierce de demander l'attraction, et donc la possibilité d'agir devant la justice arbitrale, se trouve lié à la notion « d'intérêt de groupe » qui a été dégagée par la jurisprudence *Rozenblum*¹⁵⁹³. Selon cette notion, à chaque fois que l'intérêt de groupe est menacé par les changements que pourrait apporter une éventuelle sentence intéressant une société du groupe, une « personnalité arbitrale »¹⁵⁹⁴ est donnée à ce groupe, et donc à chacune des sociétés non-signataires du groupe, lui permettant d'agir en justice. La société tierce demande à être incluse non pas en qualité de demanderesse ou défenderesse, c'est-à-dire aucune responsabilité au fond n'est présumée à son égard, mais en tant qu'observatrice ou comme « représentante arbitrale »¹⁵⁹⁵ du groupe.

1066. En synthèse, le tiers, victime du contrat des parties ou neutre venant aux intérêts du groupe, peut se prévaloir de la clause d'arbitrage prévue au contrat pour l'opposer aux parties. Là encore, le droit de l'arbitrage donne la possibilité aux tiers intéressés de saisir l'arbitrage prévu par les contractants. Une possibilité qui ne contredit pas la volonté des parties, puisque ces dernières ont prévu d'aller devant l'arbitre pour tous les différends qui naîtront du contrat, mais également une possibilité qui permet aux arbitres d'être saisis pour connaître *tous les aspects économiques et juridiques du litige*¹⁵⁹⁶ en vue d'une bonne administration de la justice arbitrale.

Conclusion de la section II

¹⁵⁹² Sentence CCI n° 2020/246, 2015, Chroniques des sentences arbitrales CCI, LexisNexis, Oct. Nov. Déc. 2020, p. 1417.

¹⁵⁹³ Cass. crim., 4 fév. 1985, n° 84-91.581.

¹⁵⁹⁴ V. en ce sens : Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 1031, p.850.

¹⁵⁹⁵ *Id.*

¹⁵⁹⁶ V. décision en appel de l'arrêt (*Jaguar*) : CA Paris, 7 déc. 1994, *Rev. arb.*, 1996, p. 250, note JARROSSON.

1067. Au fil de ces développements, nous avons essayé de répondre à la question suivante : comment le diptyque, parties et tiers, voit-il l'opposabilité aux tiers ou aux parties de la convention d'arbitrage ? Autrement dit, il s'agissait de relever le ressenti des parties et des tiers en réaction à l'attraction ou à la demande d'attraction par les tiers. L'examen montre que, lorsque la partie intéressée est demanderesse, qu'elle soit signataire ou pas, l'arbitrage est très sollicité en raison des avantages qu'il offre. Observons qu'il n'est pas rare de voir les parties, qui ne souhaitent pas l'attraction des tiers, renoncer définitivement aux effets de la convention d'arbitrage. En revanche, le tiers qui est parfaitement « *atrayable* », c'est-à-dire quand toutes les conditions de mise en œuvre de l'opposabilité sont remplies, ne peut pas refuser l'attraction et même si le juge étatique est saisi, il se déclarera aussitôt incompétent pour connaître ou statuer sur l'affaire, dès lors que la clause d'arbitrage n'est pas manifestement nulle ou inapplicable.

1068. Quels sont les enseignements à retenir ? L'analyse de l'appréciation subjective de l'opposabilité de la convention d'arbitrage accentue l'idée selon laquelle le recours à l'arbitrage est pour les parties, comme pour les tiers, une démarche dont il serait difficile de se soustraire. En effet, la convention d'arbitrage est à la fois utilisée comme une *épée* pour attaquer les tiers, lorsque les parties sont demanderesse ; un *bouclier* contre l'assignation du tiers, lorsque les parties souhaitent l'arbitrage alors que le tiers le refuse et préfère agir devant une juridiction étatique ; et enfin une *clé* employée par les tiers pour entrer dans l'instance en qualité de demandeurs ; une demande que les parties ne peuvent en principe ignorer.

Conclusion du chapitre II

1069. Les arguments extrajuridiques et subjectifs justifiant l'attraction, sont en réalité des arguments qui viennent *asseoir* et *conforter* la décision de rendre opposable aux tiers non-signataires la convention d'arbitrage. En effet, il a été possible de démontrer que des arguments tels que la bonne administration de la justice, l'équité ou encore la promotion du droit français de l'arbitrage international sont, en réalité, insuffisants pour justifier le processus d'attraction des tiers sans la règle de l'opposabilité ; la dépendance de ces critères à la règle de l'opposabilité met en

évidence que le recours à ces considérations reste tout de même accessoire, mais ces critères sont aussi une réalité extrajuridique ; leur mobilisation donne à la décision de l'arbitre une motivation supplémentaire empreinte d'opportunités pratique, éthique ou politique. Tel que l'affirmait clairement M. EL AHDAB disant que : « *Il est important que les arbitres, lorsqu'ils décident d'étendre une clause compromissoire, affirment, de manière complémentaire et incidente certes, l'importance d'attirer une société ou de lui permettre d'intervenir dans l'arbitrage, au nom de l'unité du litige et dans l'intérêt du contentieux qui leur est soumis. Cette démarche aura au moins l'avantage d'éviter toute hypocrisie et de renforcer toute décision d'extension puisqu'elle fera explicitement reposer l'extension sur une nouvelle dimension, une troisième composante, à côté des considérations objectives et subjectives* »¹⁵⁹⁷.

1070. Quant à la perception de l'opposabilité par ceux qui s'en prévalent ou en sont confrontés, à savoir les parties et les tiers, nous avons essayé de montrer que les motivations avancées postulant en faveur ou contre l'attraction des tiers sont influencées par des considérations relevant de l'opportunisme. En effet, à chaque fois que le litigant est demandeur, qu'il soit tiers ou partie à la convention, la demande d'attraction est souhaitée. En revanche, lorsque le litigant est en position de défense, l'opposabilité est perçue comme une contrainte dont il se passera volontiers du fait des conséquences qui peuvent en résulter.

Conclusion du titre I

1071. Pour conclure ce premier titre, l'efficacité du principe d'opposabilité est limitée par une dualité de critère. D'un côté, les données juridiques et objectives et, de l'autre côté, les données extrajuridiques et subjectives. S'agissant tout d'abord des données objectives, la validité de la convention d'arbitrage constitue une base et une condition indispensable au rayonnement de l'arbitrage à l'égard des tiers. Cela se vérifie avec le consentement des parties qui est la clé de voûte pour accéder à l'arbitrage et sans lequel il n'y aura point d'extension de sa portée, et cela, que la convention d'arbitrage soit interne ou internationale. Toutefois, les exigences formelles de l'extériorisation du consentement dépendent du caractère national ou

¹⁵⁹⁷ Jalal EL-AHDAB, *op. cit.*, n° 1029, p.849.

international de la convention. En matière internationale, l'accord arbitral peut être prévu en dehors de tout formalisme et sans qu'il y ait besoin d'en détailler le contenu, contrairement au droit interne qui impose aux parties, souhaitant dessaisir les juges étatiques de leur compétence, de le faire savoir expressément sous forme d'écrit et de manière suffisamment claire, exempte de toute pathologie, afin d'écarter toute tentative d'interprétation. Ainsi, la différence de règles qui existe entre le droit interne, très rigide, et le droit international, libéral et souple, confirme l'idée selon laquelle les limites affectant l'efficacité de l'opposabilité sont à géométrie variable, et cela, suivant l'angle d'où l'on se place.

1072. Pour autant, et quand bien même la convention d'arbitrage serait valide, le droit positif a prévu certaines situations où le rayonnement de la convention d'arbitrage est simplement neutralisé et paralysé. Se trouvant dans une position de neutralité ou d'impécuniosité, lié par une garantie, ou exclu de l'arbitrage par la volonté des parties ou par décision du tribunal arbitral, le tiers ne peut, dans ces cas précis, se voir opposer la convention d'arbitrage. Ces exceptions, apportant des limites à l'efficacité de l'opposabilité, semblent être entérinées et leur légitimité ne pouvant aujourd'hui être remise en cause, car elles permettent d'assurer aux tiers s'y trouvant, un minimum de protection.

1073. Quant aux données extrajuridiques et subjectives, l'étude de ces éléments a révélé une perception équivoque de l'opposabilité. Du côté des acteurs et praticiens du droit, l'opposabilité est vue comme une solution laissant apparaître de moult difficultés pratiques. En effet, des arguments tels que l'équité ou la bonne administration de la justice arbitrale — deux arguments que nous avons dit confortatifs de l'opposabilité et présentés comme une solution procédurale — permettent aux litigants d'unifier, devant le tribunal arbitral, en un seul et unique contentieux, tous les litiges nés du contrat contenant la convention d'arbitrage. Ces arguments sont également un rempart contre les contrariétés de décisions pouvant résulter d'un éparpillement du contentieux. Finalement, la bonne administration de la justice arbitrale et l'équité sont une opportunité pratique permettant à la justice étatique de se dessaisir, au profit de l'arbitrage, de certaines affaires impliquant des tiers non-signataires, mais dont l'attraction est confirmée, dans le but de désengorger et soulager les tribunaux étatiques. Aussi, du côté des demandeurs, qu'ils soient signataires ou tiers, l'opposabilité de la convention d'arbitrage est souvent souhaitée.

En revanche, du point de vue du tiers défendeur, il y a en général une appréhension et une réticence quant à l'idée de se voir priver de son juge naturel pour être attiré devant une juridiction privée à laquelle il n'a pas consenti. Toutefois, lorsque le tiers en qualité de demandeur est désireux de l'arbitrage, il y a une appréhension du côté des parties signataires défenderesses de voir le tiers se prévaloir de la clause d'arbitrage afin de les obliger, en raison du dommage survenu après une exécution ou inexécution du contrat, à répondre de leurs actes devant le tribunal arbitral. Ainsi, la logique qui sous-tend l'efficacité de l'opposabilité de la convention d'arbitrage, est ici emprégnée de considérations pratiques et de motivations subjectives propres à chaque litigant.

1074. Face à la pluralité de solutions et de justifications, le droit positif est apparu souvent bancal, parfois incohérent, en tout cas en construction. Ce paysage mérite donc une analyse plus unitaire dépassant les clivages décrits, d'où l'impératif d'une relecture de l'ensemble des propositions faites pour chaque mécanisme de l'opposabilité. Une conception renouvelée qui sera unifiée et qui saura corriger les imperfections de l'opposabilité de la convention d'arbitrage, afin d'atteindre une efficacité pleine de celle-ci.

TITRE II : UNE OPPOSABILITÉ RENOUVELÉE POUR UNE EFFICACITÉ RENFORCÉE

1075. *Dynamisme de l'arbitrage et statisme dans la conception de l'opposabilité de la convention d'arbitrage.* Le principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage se trouve aujourd'hui confronté à un dilemme. D'une part, les solutions qui permettent à une convention d'arbitrage de s'épanouir en dehors du cercle des signataires, apparaissent, à bien des égards, éparées et ne s'appliquent qu'au cas par cas et selon des fondements parfois insuffisants, alors que d'autre part, l'arbitrage évolue, il est dans un dynamisme tel qu'il est devenu ces dernières années le mode usuel de règlement des litiges commerciaux. Certes, nul ne peut nier l'évolution positive de la jurisprudence française sur certains points, notamment sur la question de la portée du principe d'opposabilité, puisqu'elle a élargi le champ de l'attraction des tiers. Nonobstant l'évolution, celle-ci ne concerne généralement que le droit de l'arbitrage international et demeure insuffisante en l'absence d'une règle cohérente et uniforme.

1076. C'est dans ce contexte, où l'opposabilité souffre de nombreux écueils, qu'il devient important d'envisager celle-ci selon une règle unifiée qui transcenderait toutes les hypothèses d'extension et de transmission. En effet, l'intérêt d'une telle règle est de faciliter la prise de décision de l'attraction des tiers. Une règle qui offrirait la possibilité aux parties et aux tiers de mieux choisir la juridiction compétente, car grâce à cette règle et dès la naissance du litige, les litigants sauront quel tribunal saisir, ce qui leur permet de faire l'économie du temps en évitant de possibles navettes entre le tribunal judiciaire et arbitral. Ensuite, la règle donnerait la possibilité au juge étatique, s'il est saisi en priorité, de se prononcer sur l'attraction autrement que par la formule classique « *la clause d'arbitrage est/n'est pas manifestement nulle ou inapplicable* ». Enfin, la règle de l'opposabilité unifiée autoriserait l'interprète à adopter une lecture équilibrée de l'attraction combinant d'un côté, une interprétation qui ne soit pas trop libérale et extensive au risque de faire primer systématiquement l'aspect procédural de la convention d'arbitrage sur sa nature conventionnelle et volontaire, ou de faire abstraction de grands principes tels que l'effet relatif ou l'autonomie juridiques des personnes morales ; et de l'autre côté, une interprétation

qui ne soit pas trop rigide et restrictive retenant systématiquement les mêmes principes de relativité et d'autonomie juridique des sociétés au point de ne pas prendre en compte le besoin du commerce international et la situation des tribunaux étatiques, ce qui est susceptible de freiner le développement de l'arbitrage. Ainsi, un cadre général de l'attraction permettrait à l'interprète de se départir d'une conception de l'attraction fondée en grande partie sur des critères subjectifs et décidée au cas par cas, pour aboutir à une règle équilibrée, simplifiée et de portée générale, sans pour autant négliger tous les critères subjectifs.

1077. Cela étant dit, si le renouvellement de la règle de l'attraction paraît souhaitable pour s'adapter à l'arbitrage et aux besoins du commerce, sa mise en œuvre pratique n'est pas évidente. L'entreprise s'avère périlleuse, car une règle unifiée signifie qu'elle doit s'appliquer à chaque fois qu'un tiers est susceptible d'être concerné par le contrat, et donc par la clause d'arbitrage, tout en écartant la part de subjectivité qui caractérise chaque cas d'espèce. C'est pour cela qu'il est opportun d'apporter des correctifs et tenter un travail de clarification de certains fondements de l'attraction avant que celle-ci ne soit érigée en une règle unifiée. Il faut donc s'interroger au préalable sur le contenu à donner à cette conception renouvelée (*Chapitre I*), c'est-à-dire ce qui doit être corrigé, élargi, consacré ou abandonné. Puis, une mise en œuvre de cette nouvelle conception aura certainement des conséquences sur le droit et la pratique de l'arbitrage. Nous montrerons ainsi l'intérêt et l'importance d'une telle conception (*Chapitre II*).

Chapitre I : Les éléments de la conception renouvelée

Chapitre II : L'impact de la conception renouvelée

CHAPITRE I : LES ÉLÉMENTS DE LA CONCEPTION RENOUVELÉE

1078. Les développements qui précèdent ont eu l'intérêt de montrer combien la conception classique du principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage était fragile à cause des limites d'ordre objectif et subjectif portant atteinte à son efficacité. Sur ce point, la règle de l'attraction, qui est la manifestation de l'opposabilité, échoue dans son rôle de systématisation du droit, puisqu'elle intègre des éléments insuffisants, incohérents et parfois contradictoires. Or, l'objectif que nous cherchons à atteindre consiste à éliminer ces contradictions et incohérences pour parvenir à une systématisation de la règle de l'attraction, c'est-à-dire qu'elle puisse intégrer l'ordre juridique en tant que règle cohérente et harmonieuse. Pour se faire, on doit s'interroger d'abord sur la règle et sur ce qui la fragilise — analyse que nous avons déjà effectuée lorsque l'on a relevé les limites à l'efficacité de l'opposabilité —, pour ensuite la rebâtir en y intégrant des éléments nouveaux ou corrigés, et en y excluant les éléments qui entravaient son efficacité. Enfin, toute règle améliorée doit avoir en principe des conséquences, positifs comme négatifs, sur le système juridique ; une analyse des incidences de la règle renouvelée sur la pratique arbitrale doit aussi faire partie de l'exercice.

1079. Mais pour l'heure, l'analyse de la conception renouvelée est à la deuxième étape, c'est-à-dire reprendre les éléments fragilisant l'attraction des tiers pour essayer de leur apporter une lecture renouvelée. Les éléments que nous tenterons d'améliorer, de corriger ou d'abandonner sont d'ordre objectif (*Section I*) et subjectif (*Section II*).

Section I : Pour une relecture des fondements juridiques et objectifs de l'attraction

Section II : Pour une consécration définitive de certains éléments de la dimension extrajuridique dans l'analyse de l'attraction

SECTION I : POUR UNE RELECTURE DES FONDEMENTS JURIDIQUES ET OBJECTIFS DE L'ATTRACTION

1080. Si la solution de l'attraction a pu fédérer la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, les fondements sur lesquels elle se repose font toutefois l'objet de vives critiques. L'analyse *de lege lata* a permis de constater divers dysfonctionnements qu'il convient de rappeler très brièvement. D'abord et concernant les règles ouvrant la voie à l'attraction — règles de validité de la convention d'arbitrage entre les parties —, nous avons fait le constat d'un fort contraste entre les règles de l'arbitrage interne et international, notamment sur les questions de formalisme et de l'arbitrabilité. Ensuite, nous avons relevé que les règles conditionnant l'attraction soulèvent diverses interrogations : insaisissabilité du critère volontariste des tiers — une acceptation implicite déduite de l'implication et de la connaissance, parfois déduite de la simple implication — et ambiguïté autour du critère de l'implication — implication directe et/ou implication indirecte, passive et/ou active. Enfin, nous avons observé qu'il existait des exceptions à l'opposabilité, notamment en présence de garanties autonomes, alors que si l'on suit les exigences de l'attraction, ces cas d'inopposabilité sont mal fondés.

1081. Le travail que nous espérons accomplir dans les prochains développements est d'apporter des propositions de renouvellement qui répondraient aux incohérences et insuffisances de la conception actuelle du principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage. Dans cette perspective où l'examen sera *de lege ferenda*, le rejet de ces contradictions procédera d'abord par une uniformisation des règles de l'attraction (§1). Ensuite, il sera question d'apporter des clarifications et correctifs aux fondements fragilisant l'attraction (§2). Enfin, nous proposerons une reconsidération de certains cas d'inattraction ou d'inopposabilité (§3).

§1 L'uniformisation des règles de l'attraction

1082. Lorsque nous avons présenté les limites objectives à l'efficacité du principe d'opposabilité, nous avons fait le constat d'une double difficulté. D'abord, et en ce

qui concerne les conditions ouvrant la voie à l'attraction, c'est-à-dire les exigences de forme et de fond validant l'arbitrage entre les parties, nous avons relevé que les règles applicables en matière interne sont en partie différentes de celles applicables en matière internationale. Effectivement, le régime de l'arbitrage français est dit dualiste en ce qu'il prévoit pour chaque matière un régime dédié. Ainsi, les règles qui régissent l'attraction en matière interne sont rigides et strictes, alors que celles du droit international sont beaucoup plus libérales et souples. Cela est sans doute dû au pluralisme juridique qui caractérise le droit de l'arbitrage international, car contrairement au droit interne, il ne s'inscrit pas dans une logique hiérarchique obéissant à une structure pyramidale où seule la loi nationale est applicable, il est beaucoup plus complexe, décentralisé et délocalisé¹⁵⁹⁸. En second lieu, nous avons mis en évidence également qu'il y avait un certain imbroglio autour des critères conditionnant l'attraction, à savoir le critère volontariste du tiers et le critère de l'implication.

1083. Partant de là et pour faire reposer la nouvelle règle de l'attraction sur une assise plus large et obéissant à des conditions beaucoup plus cohérentes, nous proposerons, considérant les règles ouvrant la voie à l'attraction, un régime moniste¹⁵⁹⁹ permettant de soumettre le domaine et la validité de la convention d'arbitrage aux mêmes règles quelle que soit la matière dans laquelle se retrouve ladite convention (A). Ensuite, nous proposerons des solutions relatives aux règles conditionnant l'attraction (B).

A. Les règles ouvrant la voie à l'attraction

1084. Nous avons dit que pour pouvoir décider que tel ou tel tiers est attrayable à l'arbitrage, il faut avant toute chose vérifier la validité de l'arbitrage entre les parties. Or, les règles de validité de la convention d'arbitrage interne sont différentes de celles qui régissent la convention d'arbitrage internationale, surtout lorsqu'il s'agit du formalisme ou de l'arbitrabilité. Dans les développements à suivre, l'exercice du renouvellement s'intéressera en premier lieu au décloisonnement des droits interne

¹⁵⁹⁸ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n° 28, p.26.

¹⁵⁹⁹ Il ne s'agit pas ici de supprimer la distinction des deux arbitrages, mais simplement d'aligner le droit interne sur certaines dispositions libérales en matière internationale, en l'occurrence ici le formalisme et le domaine de la convention d'arbitrage.

et international de l'arbitrage au regard des exigences de validité en la forme (1) et au domaine de la convention d'arbitrage (2).

1. L'abandon du cloisonnement des droits interne et international de l'arbitrage relativement à la forme de la convention d'arbitrage

1085. Deux propositions de renouvellement des règles ouvrant la voie à l'attraction relativement à la forme de la convention d'arbitrage. La première concerne l'éviction de tout formalisme en matière interne (a). L'idée ici n'est pas de bannir le formalisme de la convention d'arbitrage, mais de le rendre optionnel pour les parties, à l'image de ce qui se fait en matière internationale, afin qu'il ne soit plus une cause de nullité de la convention d'arbitrage¹⁶⁰⁰, d'autant plus que l'arbitrage est aujourd'hui un mode usuel de résolution des différends entre commerçants. La seconde proposition consiste à délaissier l'exigence liée au contenu et abandonner l'interprétation restrictive de la portée de la convention d'arbitrage interne (b).

a. Pour une éviction de tout formalisme en matière interne

1086. Affranchir la convention d'arbitrage de tout formalisme, c'est faire l'économie de l'écrit, ou du moins le rendre optionnel pour les parties, sans pour autant prévoir une sanction si ladite convention n'est pas consignée dans un écrit. Cette solution, admise en droit de l'arbitrage international, pourrait-elle faire écho en droit interne de sorte à soumettre les règles relatives à la validité en la forme de la convention d'arbitrage à un seul et même régime, peu importe le caractère interne ou international de la convention ? Autrement dit, est-il possible d'harmoniser le formalisme en adoptant une conception moniste et délaissier le dualisme qui caractérise les deux matières¹⁶⁰¹ ? Bien que l'on note depuis quelques années un rapprochement significatif entre les deux institutions et que l'arbitrage international

¹⁶⁰⁰ Art. 1443 du CPC.

¹⁶⁰¹ Pierre MAYER, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.*, 2005, p. 361 ; Jacques PELLERIN, « Monisme ou dualisme de l'arbitrage, le point de vue français », *Gaz. Pal.*, 15-17 oct. 2006, p. 3037 ; Pierre LALIVE, « Un Faux Problème : Monisme ou Dualisme dans la législation arbitrale ? », in, Mél. François DESSEMONTET, Cedodac, 2009, p. 255.

ne s'est perfectionné qu'en réaction aux limites imposées par l'arbitrage interne¹⁶⁰², il n'est pas question ici d'appliquer à la matière interne toutes les solutions libérales retenues pour l'arbitrage international, car cela est susceptible de dénaturer le caractère national de l'arbitrage que le législateur a voulu encadrer selon la conception juridique et culturelle qu'il se fait de cette justice privée, en l'adaptant aux contraintes du pays et son économie, mais il s'agit simplement de d'assouplir la rigidité du formalisme en matière interne ; un allègement qui a pour but de simplifier le recours à l'arbitrage et de favoriser son développement, mais surtout de permettre à la convention d'arbitrage d'atteindre un certain degré d'efficacité.

1087. Mais avant d'évoquer les effets d'une telle proposition sur la nouvelle règle de l'attraction, il est de prime abord impératif de clarifier certains points en répondant à deux questions essentielles. D'abord, que signifie la formule de l'article 1443 du CPC : « *à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite* » ? La réponse à cette question, nous pousse ensuite à répondre à une seconde interrogation qui est celle de savoir si l'éviction du formalisme peut-elle se dresser comme un obstacle au rayonnement compromissaire ?

1088. La formule susvisée, comme l'entend aujourd'hui le droit positif, signifie que la convention d'arbitrage doit être insérée dans un contrat ou établie par un compromis et signée par les parties, sous peine d'être frappée de nullité. Le sens de cette formule interroge. L'écrit compromissaire est-il véritablement une condition de validité de la convention d'arbitrage ou tout bonnement un moyen de preuve permettant de matérialiser le consentement des parties ? Théoriquement, l'exigence de l'écrit est aujourd'hui une condition *ad validatem* — le non-respect de la forme écrite est frappé de nullité ou autrement dit, l'écrit « *s'adresse à la qualité du consentement, bien plus qu'à l'existence matérielle de la convention d'arbitrage* »¹⁶⁰³ —, mais en pratique, il y a eu toujours confusion entre les deux¹⁶⁰⁴. Effectivement, la doctrine arbitragiste peinait, et continue de l'être même aujourd'hui, à affirmer si l'exigence de l'écrit relève d'une formalité *ad validatem* ou *ad probationem*¹⁶⁰⁵. En s'appuyant sur le droit antérieur à la réforme de l'arbitrage de 2011, on s'aperçoit que la

¹⁶⁰² V. en ce sens : Jean-François POUDRET, Sébastien BESSON, *op. cit.*, n° 23.

¹⁶⁰³ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 1173, p. 993.

¹⁶⁰⁴ V. en ce sens : Berthold GOLDMAN, *Arbitrage commercial international : convention d'arbitrage, forme et preuve*, Clunet, Fasc. 586-4, n°14.

¹⁶⁰⁵ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 1173, p. 993.

jurisprudence s'est employée à interpréter l'ancien article 1443¹⁶⁰⁶ comme une disposition qui n'impose pas que le consentement des contractants à la clause d'arbitrage soit formalisé par écrit, mais elle oblige seulement que l'objet de ce consentement, c'est-à-dire la clause compromissoire, ait un support écrit. Et que le consentement des parties au contenu de l'écrit peut s'exprimer valablement par tous moyens¹⁶⁰⁷. En d'autres termes, l'exigence de l'écrit selon cette interprétation jurisprudentielle libérale était plus une formalité *ad probationem* qu'*ad validatem*¹⁶⁰⁸.

1089. Dans la volonté d'asseoir cette jurisprudence dans les nouveaux textes du CPC, le Comité français de l'arbitrage, par un projet de réforme présenté en 2006, avait prévu que : « *La convention d'arbitrage est constatée par écrit et que le consentement peut, sauf dispositions contraires, être prouvé par tous moyens* ». Or, le législateur de 2011, qui a certainement été au courant de l'interprétation libérale, a décidé de ne pas la retenir et a inscrit dans le nouveau texte que le consentement doit être formalisé par écrit et signé par les parties sous peine de nullité, et pour ne plus se satisfaire du consentement qui pouvait être auparavant exprimé par des déclarations verbales. Nous pensons que le retour à ce formalisme strict, regretté par plusieurs auteurs¹⁶⁰⁹, était surtout une réaction du législateur contre l'ambiguïté et l'antinomie de la formule présentée par le Comité plutôt qu'une volonté de rigidifier les conditions de forme de la convention d'arbitrage. Il a préféré donc adopter une solution beaucoup plus rigide que d'inscrire une proposition incohérente susceptible d'atteindre la sécurité juridique. En effet, comment peut-on prévoir d'un côté un écrit pour la convention d'arbitrage et accepter de l'autre la preuve par tous moyens du consentement à cette convention¹⁶¹⁰ ? Si le Comité n'avait pas commis cet impair dans cette formule, on serait probablement devant une disposition beaucoup plus libérale, ajouté à cela, la quasi-majorité des propositions libérales que contenait le projet de réforme a été reçue favorablement par la Chancellerie¹⁶¹¹.

¹⁶⁰⁶ L'article prévoyait que : « *La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère* ».

¹⁶⁰⁷ V. notamment Cass. civ. 2^{ème}, 21 janv. 1999, n° 95-18.761, *Bull. civ. II*, n° 16 ; *RTD com.*, 1999, p. 844, *obs.* LOQUIN. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a jugé que : « *Si l'article 1443 du nouveau CPC exige que la clause compromissoire figure dans un document écrit, il ne régit ni la forme ni l'existence des stipulations qui, se référant à ce document, font la convention des parties* ».

¹⁶⁰⁸ V. en ce sens : Bruno OPPETTI, « *La clause d'arbitrage par référence* », *Rev. arb.*, 1990, spéc. p. 553.

¹⁶⁰⁹ V. notamment : Éric LOQUIN, « *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage : commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011* », *RTD com.*, 2011, p. 255 ; Emmanuel GAILLARD, « *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage* », *CAPJIA*, 2011, p. 263.

¹⁶¹⁰ V. en ce sens : Éric LOQUIN, *art. préc.*

¹⁶¹¹ V. en ce sens : *Ibid.* ; Emmanuel GAILLARD, *art. préc.*

1090. En outre, bien que la lettre actuelle de l'article 1443 du CPC attache à la validité de la convention d'arbitrage le respect de l'écrit, l'exigence est malgré tout atténuée puisque le législateur prévoit une lecture souple dudit article. En effet, il a inscrit la possibilité de satisfaire cette condition en acceptant un échange d'écrit ou de le prévoir par référence¹⁶¹². Ce qui interroge réellement sur la finalité *ad validatem* de l'écrit compromissaire, puisque le fait de signer par référence, c'est-à-dire signer la mention contenue dans le contrat, lequel fait référence à la clause d'arbitrage détachée de ce contrat, et que la partie qui doit accepter le contenu de la clause n'a pas participé à sa rédaction, mais en a pris simplement connaissance, ne fait que confirmer la finalité *ad probationem* de cette formalité.

1091. Le doute sur la finalité *ad validatem* de l'écrit s'accroît encore plus lorsque l'on se trouve en droit des sociétés. En effet, l'écrit compromissaire s'impose dans ce domaine comme un moyen de preuve pour les non-commerçants. On pense plus particulièrement à l'article L.110-3 du Code de commerce qui prévoit que : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». En partant du postulat que si l'écrit n'était pas exigé pour la clause compromissaire, le commerçant aurait sans doute plus de difficulté à prouver l'existence de la clause à l'égard des associés qui n'ont pas la qualité de commerçant — c'est-à-dire les commanditaires pour les sociétés en commandite simple ou par actions, les associés des sociétés anonymes, par action simplifiée, à responsabilité limitée —. Ici, on peut penser que le but sous-jacent du législateur est le suivant : en exigeant l'écrit — sous couvert de validité de la clause —, le législateur a voulu faciliter et garantir la preuve de la clause compromissaire. Au-delà de la clause compromissaire, on ne peut nier le fait que le contrat écrit a l'avantage d'assurer une sécurité probatoire en cas d'éventuel litige et de prémunir les contractants contre le problème de preuve. L'exigence de l'écrit est donc requise pour une fin *ad probationem*.

1092. Autre exemple, l'article 1487 al. 3 qui figure au chapitre V du CPC, relatif à l'exéquatur des sentences arbitrales rendues en arbitrage interne, énonce que : « La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de

¹⁶¹² En ce qui concerne la clause d'arbitrage par référence, l'article 1443 peut être diversement interprété. Il peut faire l'objet d'une interprétation restrictive, dans ce cas il imposerait que le contrat principal fasse mention de la clause d'arbitrage détaillée dans le document auquel renvoie expressément la convention écrite des parties, ou faire l'objet d'une lecture extensive en acceptant seulement que l'écrit constate l'existence de la clause dans un document auquel la convention se réfère, cette référence peut être implicite comme explicite.

l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité ». Cet article, à l'image de l'alinéa premier de l'article 1515¹⁶¹³ du même Code prévoyant les mêmes conditions pour reconnaître l'exécution de la sentence arbitrale rendue en matière internationale — pourtant l'arbitrage international n'exige ni de forme particulière ni un contenu minimum —, affirme une fois de plus que l'écrit n'est pas une règle de forme, mais de preuve.

1093. De ces exemples, nous pensons que la contrainte formaliste en matière interne est requise pour prouver le consentement des parties à l'arbitrage et non pas pour le rendre valide. Il résulte de ce constat que si l'on décide de rendre l'écrit optionnel pour les parties, son absence n'aura en principe d'influence que sur la preuve de la convention d'arbitrage. Or, l'on sait qu'en matière commerciale la preuve peut se faire par tous moyens et l'écrit n'est qu'un moyen de preuve parmi d'autres. Ainsi, l'alignement du droit de l'arbitrage interne sur les règles de droit de l'arbitrage international en ce qui concerne le formalisme bénéficierait à la convention d'arbitrage, de sorte qu'elle gagnerait en efficacité.

1094. Si le formalisme compromissaire n'a finalement de but que pour s'assurer de l'effectivité du consentement — ce qui est déjà une étape importante dans le processus d'atténuation du formalisme, puisqu'on passe d'une exigence dont le non-respect est sanctionné par la nullité à une formalité dont l'inobservation n'est pas sanctionnée —, la solution changera-t-elle vraiment le sort du tiers vis-à-vis de l'arbitrage prévu par les parties ? Autrement dit, l'éviction du formalisme peut-elle faire obstruction au rayonnement compromissaire ? La réponse est négative. En effet, et puisque le but est de faire transposer les solutions libérales du droit international en droit interne, il suffit de se référer aux règles matérielles qui ont affranchi la validité de la convention d'arbitrage de toute condition formelle, pour se rendre compte que l'exigence de l'écrit est relativisée et son absence ne fait certainement pas obstacle à l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage. Selon un auteur, *« l'écrit [en matière internationale] n'est pas indispensable pour parvenir à l'objectif de vérification du consentement du tiers, puisqu'il est un moyen parmi d'autres d'y aboutir »*¹⁶¹⁴.

¹⁶¹³ « L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité ».

¹⁶¹⁴ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 1174, p. 993.

Si cette solution est possible en droit de l'arbitrage international, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit appliquée en droit interne. Une solution qui fait du consensualisme l'alpha et l'oméga de la validité de la convention d'arbitrage. Ainsi, si l'écrit, moyen de preuve parmi d'autres, n'existait pas, le consentement implicite du tiers peut être prouvé par d'autres moyens, dès lors que l'on établit à son égard une manifestation de volonté, *i. e.* un comportement dont on déduira objectivement l'acceptation. On a ainsi pu admettre que le tiers qui a pris l'habitude de résoudre ses différends en recourant l'arbitrage suffit à établir son acceptation de l'arbitrage en général, et son acceptation implicite du tribunal arbitral constitué dans le but de résoudre le litige né du fait de son immixtion, sans qu'il y ait besoin de rechercher l'existence matérielle d'une clause d'arbitrage. Aussi, la jurisprudence arbitrale est riche d'affaires dans lesquelles l'attraction du tiers à l'arbitrage a été décidée, sans faire nécessairement référence à l'écrit compromissaire, dès lors qu'il y avait des circonstances précises permettant de déduire le consentement du tiers de l'existence d'usages, ou de relations habituelles d'affaires¹⁶¹⁵. En somme, le droit de l'arbitrage international admet la vérification du consentement du tiers par tous moyens indépendamment de l'existence de l'écrit compromissaire, et cela, dès l'instant où les parties acceptent de constituer arbitrage.

1095. Cependant, une autre alternative est possible. Si l'on estime que l'existence de l'écrit est nécessaire à la preuve du consentement à l'arbitrage, puisqu'il est sans conteste le meilleur moyen de garantir une preuve, ce qui est tout à fait défendable surtout en présence des clauses d'arbitrage par référence, qui en l'absence de leur consignation par écrit dans un support papier, ni la partie ni le tiers ne peuvent en prendre connaissance, on pourrait dans ce cas alléger les modalités de sa conclusion en permettant à d'autres supports largement répandus aujourd'hui de démontrer la validité d'un accord. Autrement dit, adapter l'écrit aux modalités modernes de dématérialisation des documents. Il est sans doute devenu, depuis quelques années, habituel pour les opérateurs de commerce de communiquer, d'échanger des documents et des volontés par voie électronique. L'écrit sur support papier est certes un moyen incontestable de preuve, mais il ne se limite pas seulement à ce support, l'écrit virtuel ou électronique peut également être un moyen de preuve, mais là encore la preuve électronique est réglementée, un simple mail peut ne pas suffire à

¹⁶¹⁵ *Id.*

établir la réalité d'un fait, d'une discussion ou d'un accord si l'on doute de l'identité de son auteur et de l'impossibilité de modifier le contenu. Par ailleurs, et lorsqu'on observe les mécanismes d'extension de la clause d'arbitrage, on relève qu'à chaque fois que l'on a admis l'extension à l'égard du tiers, ce dernier n'est jamais signataire de la clause d'arbitrage. Ce qui signifie qu'il y a une dichotomie entre l'exigence d'un écrit et l'exigence de la signature. Autrement dit, on peut consentir à l'arbitrage sans pour autant signer la clause qui le prévoit. Ce qui atténue encore plus l'exigence formelle de l'écrit.

1096. En définitive, l'idée que nous défendons à travers ces développements est d'assouplir le formalisme contraignant qui affecte l'efficacité de la convention d'arbitrage. Cela étant et puisque l'efficacité de l'opposabilité est de l'efficacité de la convention d'arbitrage, notre proposition consiste donc à permettre à celle-ci de s'émanciper de ces exigences formelles et de laisser aux parties le choix de la forme, sans attacher à l'absence de l'écrit la sanction de nullité. Bien évidemment, cette proposition n'est valable que lorsqu'il s'agit, comme c'est presque toujours le cas, d'un arbitrage à caractère commercial. Une fois cet allègement formaliste retenu, il s'agira ensuite de proposer, toujours en matière interne, des solutions simplifiant davantage l'ouverture de la voie à l'arbitrage, notamment en abandonnant les restrictions liées au contenu et à la portée de la convention d'arbitrage.

b. Pour un abandon des restrictions liées au contenu et à l'interprétation de la portée de la convention d'arbitrage interne

1097. Pour libérer le recours à l'arbitrage interne et faciliter la voie à l'attraction des tiers, il est impératif d'écartier les entraves qui limitent l'efficacité de la convention d'arbitrage interne. L'abandon de l'exigence de l'écrit en était une, mais pour atteindre une efficacité optimale, la convention d'arbitrage doit aussi se libérer des restrictions touchant son contenu et sa portée. Rappelons très brièvement que lorsque l'on évoque le contenu de la convention d'arbitrage, on fait référence à l'exigence prévue par l'article 1444 du CPC, c'est-à-dire les mentions qui doivent figurer dans une convention d'arbitrage : la désignation d'un ou des arbitres, ou les modalités de

leur désignation. Alors que la portée de la convention d'arbitrage s'intéresse plutôt au domaine de celle-ci et aux effets directs et indirects opérés par son objet¹⁶¹⁶.

1098. S'agissant du contenu, l'article 1444 du CPC prévoit effectivement qu'en matière interne « *la convention d'arbitrage désigne, le cas échéant, par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. À défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454* ». Alors qu'en matière internationale l'article 1508 CPC énonce que : « *La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation* ». La lecture comparative des deux droits montre que la désignation ou les modalités de désignation des arbitres en matière internationale est optionnelle, laissée au choix des parties, tandis qu'elle est impérative en droit interne. Cependant et contrairement aux anciens articles 1444 et 1448 du CPC qui exigeaient, à peine de nullité, que la convention d'arbitrage désigne le ou les arbitres ou détermine les modalités de leur désignation, le réformateur de 2011 a assoupli ces règles en admettant la validité des clauses blanches¹⁶¹⁷ — rendue possible par la mise en place des dispositions supplétives à la volonté des parties (articles 1451 à 1454 du CPC) — considérées par le législateur comme palliatives à une obligation qui portait sérieusement atteinte à l'efficacité de la convention d'arbitrage.

1099. Si l'admission des clauses blanches en matière interne est vue comme une volonté du législateur de libérer la clause d'arbitrage des entraves qui compromettent son efficacité, elle est cependant un argument pour affirmer que la rédaction de l'article 1444 du CPC est défectueuse et, à notre sens, inutile puisque les dispositions qu'il contient rendent difficile la constitution du tribunal arbitral et, à l'évidence, prive les parties de sérieux avantages et la convention d'arbitrage de son efficacité. En effet, s'il est prévu des dispositions supplétives à la volonté des parties, dans l'hypothèse où elles ne parviennent pas à s'entendre sur la personne des arbitres ou sur la modalité de leur désignation, pourquoi alors exiger des parties l'obligation de désigner les arbitres ou les modalités de leur désignation lors de la conclusion du contrat ? Il suffit de rendre ce choix facultatif pour s'aligner sur ce qui est proposé en matière internationale. À notre avis, la procédure de désignation des arbitres ne doit intervenir qu'à la naissance du litige afin que les parties puissent missionner les

¹⁶¹⁶ V. en ce sens : Gerard CORNU, *op. cit.*, p. 776, v. portée.

¹⁶¹⁷ V. *supra*. n° 793.

arbitres adaptés qui présentent les aptitudes requises pour juger le litige né et pas n'importe quel litige à naître. Il faut dire que le choix de l'arbitre n'est pas une opération aisée et doit être réfléchi et étudiée, d'autant plus les litiges ne se ressemblent pas et si l'arbitre n'est pas expérimenté ou qu'il a été désigné sans connaître au préalable les questions litigieuses, un choix précipité de l'arbitre conduirait inévitablement à rendre des sentences susceptibles d'annulation ou ne pouvant obtenir exéquat. Raison pour laquelle, le choix de l'arbitre doit donc être motivé par la nature, l'objet et le degré de complexité de chaque litige. Aussi, obliger les parties à désigner les arbitres *ab initio*, c'est exiger d'eux un choix précoce, complexe et hâtif qui peut les conduire à désigner une personne qui ne présente pas les aptitudes nécessaires pour la résolution de leurs différends futurs. Les parties sont donc appelées à la vigilance et doivent souscrire avec prudence et prévoyance, car le rôle des arbitres est des plus importants ; il n'est pas seulement exigé des arbitres qu'ils présentent les qualités indispensables à l'acte de juger telles que l'indépendance ou l'impartialité, mais de disposer également de compétences, d'aptitudes et de connaissances particulières requises pour trancher les différentes questions litigieuses. Or, au début de la formation du contrat, les parties sont généralement euphoriques, et peuvent être imprévoyantes et ne pensent pas forcément aux difficultés et aux différends à venir, c'est d'ailleurs une des raisons qui explique que la rédaction des clauses compromissoires est souvent pathologique. Sans oublier que la fonction des arbitres peut prendre fin pour diverses raisons : le décès, la retraite ou la démission d'un ou des arbitres désignés peut survenir à tout moment et parfois avant la naissance du litige, ce qui vient compliquer une fois de plus le processus de désignation. Il est donc beaucoup plus judicieux de procéder à une désignation le jour de la naissance du litige afin de s'assurer de la qualité et de la disponibilité des arbitres.

1100. Par ailleurs, une autre exigence tatillonne, absente en matière internationale, et ne faisant qu'alourdir le formalisme, il s'agit de l'imparité dans la composition des arbitres. Effectivement, pour éviter une égalité parfaite des voix et pour pouvoir obtenir facilement une majorité¹⁶¹⁸, mais aussi pour éviter que l'arbitre ne soit le représentant d'une partie qui peut voter en sa faveur, le droit de l'arbitrage interne impose aux parties une collégialité du tribunal arbitral en nombre impair¹⁶¹⁹ ;

¹⁶¹⁸ Art. 1480 al. 1^{er} du CPC dispose : « La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix ».

¹⁶¹⁹ Art. 1451 al. 1^{er} du CPC dispose : « Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair ».

une obligation à laquelle les parties ne peuvent déroger¹⁶²⁰. Ainsi, la nomination d'un troisième arbitre est alors prévue pour sortir d'une éventuelle impasse de l'égalité des voix et du risque de ne pas pouvoir rendre une décision, mais aussi de limiter les recours en annulation, car conformément à l'article 1492-6° du CPC : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si la sentence n'a pas été rendue à la majorité des voix* ». Nonobstant les intérêts que présente la règle d'imparité, nous pensons que cette exigence empêche parfois le tribunal arbitral de se constituer et doit être laissée au choix des parties comme il est d'usage en matière internationale. En effet, si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le choix d'un troisième arbitre, de tierces personnes seront amenées à intervenir à leur place pour achever le processus de désignation — arbitres désignés¹⁶²¹, juge d'appui, ou la personne chargée d'organiser l'arbitrage¹⁶²²—, ce qui est à notre sens une atteinte à la volonté des parties et au caractère consensuel de l'arbitrage. D'ailleurs, même si le tribunal arbitral se constitue en nombre impair, cela n'empêche pas les arbitres d'être en désaccord et ils peuvent ne pas parvenir à dégager une majorité, car il n'y a pas qu'une seule façon de résoudre un litige : chaque arbitre peut avoir en effet une opinion différente qu'il ne partage pas avec les autres. L'imparité peut constituer une contrainte supplémentaire qui peut rallonger les délais et prolonger la durée de la procédure. En supprimant donc l'obligation d'imparité, ce qui aura pour conséquence qu'une sentence rendue ne pourra être annulée pour ce motif, les parties éviteront à coup sûr la mésentente et constitueront rapidement le tribunal arbitral, et surtout limiteront l'intervention des tiers pour la désignation d'un arbitre.

1101. Mais comment arriver à un consensus alors que le nombre des arbitres est en nombre pair ? D'abord, il y a lieu de préciser que la divergence de positions porte, dans la majorité des cas, sur des questions mineures et ne concerne que très rarement les décisions importantes. Si les arbitres doivent se prononcer sur la question litigieuse selon les règles de droit et non selon l'équité, il y a d'infimes chances qu'il y ait interprétation divergente d'une disposition légale ou d'un règlement. Mais dans l'hypothèse où ils se retrouvent dans une « *Patt-Situation* », c'est-à-dire dans une impasse, et si les parties ont manifesté clairement leur intention en faveur de

¹⁶²⁰ Art. 1461 du CPC : « *Sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 1456, toute stipulation contraire aux règles édictées au présent chapitre est réputée non écrite* ».

¹⁶²¹ Art. 1454 al. 3 : « *En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième* ».

¹⁶²² Art. 1453 : « *Lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou à défaut le juge d'appui, désigne le ou les arbitres* ».

l'unanimité, il faut alors se référer aux solutions prévues par le législateur français en matière internationale, et notamment par certains droits étrangers¹⁶²³, pour faire appliquer la solution dite de « l'octroi de la voix prépondérante » disposée à l'article 1513, alinéa 3 du CPC : « À défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statue seul. En cas de refus de signature des autres arbitres, le président en fait mention dans la sentence qu'il signe alors seul ».

1102. S'agissant maintenant de la portée de la convention d'arbitrage¹⁶²⁴. Cet élément renvoie à une question dont nous avons déjà esquissé l'intérêt¹⁶²⁵, il s'agit de l'interprétation de la convention d'arbitrage, ou autrement dit l'interprétation de la portée du consentement exprimé par les parties. Nous avons dit que l'interprétation de la volonté peut se faire selon plusieurs méthodes. Le droit positif et à travers trois principes d'interprétation¹⁶²⁶ s'est efforcé d'adopter la méthode adéquate pour respecter d'une part la volonté des parties et, d'autre part, donner à la convention d'arbitrage l'efficacité nécessaire pour qu'elle puisse déployer ses effets. Ainsi, nous avons dit que le principe de l'interprétation stricte et celui de l'interprétation *in favorem validitatis* sont aujourd'hui abandonnés, malgré un regain d'intérêt pour la méthode restrictive en matière interne¹⁶²⁷. En abandonnant l'interprétation restrictive, l'interprète est autorisé à ne plus circonscrire un litige parfaitement arbitral à une volonté formulée de manière défectueuse ou lacunaire. Mais là encore, l'arbitre ou le juge d'annulation doit avoir l'intelligence de distinguer entre ce qui relève réellement de la volonté des parties, c'est-à-dire ce qui relève d'une volonté réfléchie et dont l'expression doit être soigneusement rédigée, de ce qui relève d'une maladresse de formulation. En effet, il arrive parfois que les parties limitent le domaine de la clause compromissoire aux litiges portant sur « l'exécution du contrat ». Cette mention pose une difficulté significative d'interprétation, plaçant l'interprète face à deux voies possibles. Soit la formule est sans équivoque et exprime réellement la volonté des parties et, dans ce cas, l'arbitre ne peut aller au-delà de la volonté exprimée ; les litiges arbitraux seront donc limités à ceux nés de l'exécution du contrat ; l'arbitre exclura donc de sa compétence tous les autres litiges nés de la réalisation ou de la résiliation

¹⁶²³ V. notamment, l'article 189, al. 2 de la LDIP suisse ; l'article 20.4 de la loi anglaise sur l'arbitrage (1996). De manière générale : Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *op. cit.*, n°742, p. 701.

¹⁶²⁴ Il ne sera question ici que de la portée de la convention d'arbitrage dont le domaine a été restreint par les parties et non pas par la loi — nous ne nous visons pas ici l'arbitrabilité objective ou subjective, celles-ci seront étudiées ultérieurement —.

¹⁶²⁵ V. *supra*. n° 769 et s.

¹⁶²⁶ *Id.*

¹⁶²⁷ V. en ce sens : CA Paris, 2 juillet 2020, n° 19-21.120, (*Closaf c/ Arlette Marguerite Eugénie R.*), *Bull. Joly Sté.*, janv. 2021, n° 1, p. 16, *obs.* COHEN ; *Dr. sociétés* 2020, *Comm.* 115, *note* MORTIER.

du contrat. L'autre voie d'interprétation est beaucoup plus libérale. Elle consiste à ne voir dans la mention « *litiges nés de l'exécution du contrat* » qu'une simple formulation maladroite et incomplète qui doit être interprétée largement. En effet, pour l'arbitre, dès lors que les parties ont exprimé une volonté générale de se soumettre à l'arbitrage, elles ne seront pas en principe opposées à ce que les litiges liés au contrat, y compris ceux qui sont provoqués par le fait d'un tiers, soient résolus par le(s) arbitre(s) désigné(s). L'interprète doit autant que faire se peut percer la volonté réelle des parties. Or, déceler cette volonté à la naissance du litige est très difficile, car il suffit qu'un des deux plaideurs, de mauvaise foi, prétexte une volonté différente de celle qu'il avait réellement lors de la conclusion de la clause compromissoire, afin de laisser peu, pour ne pas dire aucune, liberté d'interprétation, ce qui est de nature à faire échec à la compétence du tribunal arbitral, d'autant plus si le litige en question dépasse le cadre très étroit de l'exécution *stricto sensu* du contrat¹⁶²⁸.

1103. Que doit donc faire l'interprète ? Doit-il voir dans l'arbitrage un mode exceptionnel de résolution de conflits et donc le réduire à la stricte volonté exprimée par les parties de sorte à limiter strictement la résolution des litiges conformément à ce qui a été fixé par la lettre de la clause d'arbitrage, ou au contraire doit-il étendre sa portée au-delà de ce qui a été formulé et exprimé par les parties pour englober tous les types de litiges *liés au contrat* ? Le droit français de l'arbitrage international a choisi d'adopter la seconde approche qui consiste à abandonner toute interprétation restrictive de la clause d'arbitrage pour lui donner, toutes les fois où la portée de la clause n'est pas définie, un effet utile, contrairement au droit interne où l'on peut voir surgir de temps à autre des décisions ayant adopté une lecture très étroite de la lettre de la convention d'arbitrage.

1104. Nous sommes donc pour un abandon total du principe de l'interprétation restrictive de la convention d'arbitrage, peu importe le caractère national ou international de celle-ci. Nous pensons que cette solution, primordiale à l'ouverture de la voie à l'attraction puisqu'elle permet d'étendre la compétence de l'arbitre aux litiges nés du fait de l'implication des tiers au contrat, doit être le principe, à moins que les parties n'en décident autrement et prévoient une mention spéciale laissant pas de place à toute interprétation libérale. Dans ce cas, il est recommandé que la mention soit non ambiguë, non équivoque et soigneusement rédigée. De la même

¹⁶²⁸ V. en ce sens : Nathalie NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, op. cit., n° 207, p. 124 et s.

façon, si les parties ne souhaitent pas restreindre leur arbitrage à un tel ou tel litige, il leur est également préconisé de prévoir une clause compromissoire en des termes suffisamment larges pour englober tous les litiges qui peuvent survenir de leur relation contractuelle, y compris ceux nés du fait des tiers.

1105. En définitive, le contenu et la portée de la convention d'arbitrage interne doivent être interprétés librement. Il faut laisser aux parties le choix de façonner leur arbitrage pour que ce dernier puisse enfin refléter réellement ce qu'il a toujours promis, à savoir un mode *consensuel* et *alternatif* de résolution de conflits. Mais, le processus de libéralisation de la convention d'arbitrage interne, au vu de son efficacité, ne s'arrête pas aux deux propositions précitées, il doit aussi et surtout concerner son domaine encadré par la loi, à savoir l'arbitrabilité objective et subjective. C'est-ce que nous verrons dans les développements à venir.

2. *L'abandon du cloisonnement des droits interne et international de l'arbitrage à l'égard du domaine de la convention d'arbitrage*

1106. Élargir le domaine de la convention d'arbitrage interne, c'est ouvrir le champ de l'arbitrabilité. Une ouverture qui participe de toute évidence à l'élargissement des voies possibles à l'attraction des tiers. Concrètement, il s'agit ici, d'un côté, de ne plus cantonner l'arbitrage au seul cadre de l'activité professionnelle et commerciale pour que le processus d'attraction puisse s'ouvrir à d'autres matières tel que le droit de la consommation et, de l'autre côté, proposer des solutions pour que la clause d'arbitrage puisse concerner les éventuels conflits nés à l'occasion d'un contrat de travail qui dépassent souvent le cadre des contractants (a). De la même façon, si l'on est pour un élargissement du domaine de l'arbitrabilité objective, nous proposons la même solution pour l'arbitrabilité subjective, c'est-à-dire une extension *de principe* de l'arbitrabilité à toute personne morale publique impliquée dans l'opération économique (b).

a. *Pour un élargissement de la matière arbitrable*

1107. Nous avons pu voir plus haut que l'arbitrabilité objective, ou l'arbitrabilité des litiges est l'aptitude d'une cause à être soumise à l'arbitrage¹⁶²⁹. C'est ce que certains auteurs appellent la licéité du recours à l'arbitrage, c'est-à-dire l'obligation pour une convention d'arbitrage, pour être licite quant à son contenu et conforme à l'ordre public au regard de son but, de porter sur des litiges susceptibles d'être réglés devant un tribunal arbitral¹⁶³⁰. Nous avons dit que les règles relatives à l'arbitrabilité, surtout en matière interne, étaient abstraites, puisque les critères qui définissent la licéité de la convention d'arbitrage disposés aux articles 2059 et 2060 du Code civil sont obscurs et vastes. Fort heureusement, la jurisprudence française a pu, depuis l'arrêt *Tissot*¹⁶³¹, donner à l'arbitrabilité un sens et une lecture beaucoup plus libérale permettant à la convention d'arbitrage de porter aujourd'hui sur des domaines beaucoup plus larges et ne se définissent que par rapport à la nature des règles applicables au fond du litige. Ceci étant rappelé, on ne reviendra pas sur la question de l'interprétation des textes relatifs à la licéité du recours à l'arbitrage, que nous estimons avoir parfaitement présenté plus haut¹⁶³², en revanche ce dont il s'agira ici, c'est de proposer un élargissement du champ de l'arbitrabilité des litiges, c'est-à-dire ouvrir l'arbitrage à d'autres matières dont les questions litigieuses sont restées jusqu'à présent exclues de la compétence des arbitres, sans que cette ouverture ne porte atteinte à l'ordre public interne ou international. On pense en disant cela, à la suppression de l'exigence du cantonnement de la clause d'arbitrage au cadre de l'activité professionnelle : exigence prévue spécialement pour protéger le consommateur qui a la faculté de se voir déclarer inopposable la clause d'arbitrage (i). Au surplus de l'abandon définitif de l'exigence de l'alinéa 2 de l'article 2061, on essayera de proposer des solutions pour que la clause d'arbitrage puisse toucher certaines matières jusqu'alors exclues de la compétence des arbitres, nous pensons particulièrement aux conflits liés au contrat du travail (ii).

i. Pour une abrogation de l'alinéa 2 de l'article 2061 du Code civil

¹⁶²⁹ V. *supra*. n° 823 et s.

¹⁶³⁰ V. En ce sens, Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 99, p. 127.

¹⁶³¹ Cass. com., 29 nov. 1950, *JCP* 1951, IV, p. 5 ; S. 1951, I, p. 120 *note* ROBERT ; *RTD com.*, 1951, p. 275, *obs.* BOITAUD ; *RTD civ.*, 1951, p. 106, *obs.* HÉBRAUD et RAYNAUD ; *D.* 1951, p. 170.

¹⁶³² V. *supra*. n° 822 et s.

1108. Compte tenu de ce que nous avons déjà évoqué plus haut qui consiste à ne concerner par l'exigence de l'alinéa second de l'article 2061 que la clause d'arbitrage interne, et que le critère de l'activité professionnelle n'est plus une condition de validité de la clause compromissoire, puisque la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle — généralement le consommateur — ne peut plus invoquer la nullité, mais l'inopposabilité de la clause, la rédaction de l'alinéa nous semble malgré tout lacunaire et doit être modifiée, voire même abrogée. Certes, l'exigence de l'alinéa est vue aujourd'hui comme une avancée majeure permettant la normalisation de la clause d'arbitrage, après avoir été longtemps prohibée, mais elle n'a pas encore atteint son point culminant et la clause ne s'est pas totalement libérée du cadre qu'on lui reconnaît aujourd'hui. Ce cadre précis et restreint, qui se manifeste toujours par l'exigence de professionnalité, est pour l'interprète une source d'ambiguïté et une restriction qui empêche le droit de l'arbitrage de s'ouvrir sur d'autres matières et de se développer en dehors des domaines actuels. En effet, nous pensons que la clause compromissoire peut s'avérer très utile pour résoudre des litiges, même à petits enjeux¹⁶³³, nés entre copropriétaires ; entre indivisaires, entre associés d'une société civile immobilière ; entre bailleurs et locataires ; entre employeurs et salariés, entre particuliers liés par internet... etc. Bien évidemment, si l'on élargit les domaines de la convention d'arbitrage, cela revient à élargir le champ de l'arbitrabilité des litiges et, *in fine*, un moyen d'élargir la voie de l'attraction des tiers. Mais avant de s'étendre sur ce point, que nous aborderons un peu plus tard, revenons un instant sur l'analyse de l'exigence de l'alinéa 2 de l'article 2061, afin de mesurer le degré d'incohérence et d'ambiguïté que renferme cette disposition. En effet, deux points sont à dégager. Le premier, concerne la notion d'activité professionnelle, le second est relatif au régime de la sanction en cas de non-respect de l'exigence.

1109. D'abord, sur le premier point, si l'on se réfère à la définition du feu CORNU de l'activité professionnelle, celle-ci se définit comme « *un travail, dépendant ou indépendant, qui se caractérise par l'accomplissement régulier de certains actes, par opposition à travail occasionnel, et par la poursuite d'un but lucratif* ». L'activité professionnelle doit donc présenter un caractère habituel et être lucrative pour son auteur, ce qui veut dire qu'on ne peut compromettre sur des droits dont l'usage serait strictement privé — c'est le cas notamment du particulier qui conclut un contrat de

¹⁶³³ V. en ce sens : Jean-Robin COSTARGENT et Julie SPINELLI, *L'arbitrage, une alternative pour les litiges à petits enjeux*, CAPJIA, 2017, p. 58 et s.

consommation destiné à un usage domestique —. Certainement, et à comparer avec ce qu'était auparavant la loi qui limitait le domaine de la convention d'arbitrage aux seuls actes conclus à raison d'une activité professionnelle, c'est-à-dire les actes de commerce par nature ou par accessoires à l'exclusion des actes civils¹⁶³⁴ — même si certains de ces actes civils sont conclus dans le cadre de l'activité professionnelle, ce qui signifie que l'interprète réduisait l'activité professionnelle à l'activité commerciale¹⁶³⁵ —, la nouvelle disposition de l'alinéa 2 élargit considérablement le domaine de la clause d'arbitrage, puisque l'activité professionnelle, telle que comprise aujourd'hui, ne vise que le cas du contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel. Désormais et depuis la réforme de 2016, la clause compromissoire peut se développer au-delà du strict cadre du droit commercial et concerner des activités pouvant être exercées pas des personnes physiques ou morales n'ayant pas la qualité de commerçant — exemple des personnes physiques exerçant une activité agricole, artisanale ou libérale, ou encore des personnes morales comme les SCI agissant dans un cadre professionnel, GIE, etc. —. Aussi et bien que l'alinéa 2 ait été prévu pour contrer les risques juridiques qui pourraient naître d'éventuels rapports contractuels déséquilibrés — de sorte à assurer une protection juridique à la partie faible du contrat pour que la partie forte, disposant le plus souvent de moyens très élevés, ne puisse lui imposer la manière dont elle souhaiterait résoudre son litige — et même si la convention d'arbitrage ne dépende pas du critère de commercialité pour sa validité, l'exigence de professionnalité continue de soulever des questions dont les réponses demeurent spéculatives. En effet, parmi les interrogations soulevées par la doctrine, il y a par exemple, la question de l'appréciation temporelle et matérielle du caractère professionnel de l'activité. Autrement dit, à quel moment l'arbitre, ou le juge, doit-il apprécier l'activité professionnelle et pour quel domaine d'application, sachant que des dispositions législatives particulières extensives et restrictives du domaine de la clause d'arbitrage existent toujours dans différents Codes ?¹⁶³⁶

¹⁶³⁴ V. en ce sens l'ancien article 631 du Code de commerce.

¹⁶³⁵ V. en ce sens : la décision : Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2014, *JCP G* 2014, 1138, note LE BARS ; *D.* 2014, p. 2544, obs. CLAY ; *D.* 2015, p. 56, note DONDERO ; *Rev. arb.*, 2016, p. 853, obs. BOUCARON-NARDETTO. Dans cet arrêt la Cour de cassation avait validé la clause compromissoire insérée dans la promesse de cession de droits sociaux, qui a pour effet de transférer le contrôle de la société aux cessionnaires ou à toute personne s'y substituant. La promesse en question a été qualifiée d'acte commercial et le litige y afférant peut valablement être tranché par voie d'arbitrage. Ainsi, si l'activité professionnelle n'était pas comprise comme étant une activité commerciale, la clause d'arbitrage aurait été valable puisqu'elle a été prévue dans un acte — promesse — conclu dans un cadre professionnel.

¹⁶³⁶ Code de commerce visé par les articles L.721-3 et L.721-5 qui étendent le domaine de la clause d'arbitrage et les domaines L.1411-4 alinéa premier du Code du travail et L.212-1 du Code de la consommation qui restreignent le domaine de celle-ci.

1110. Concernant la temporalité du caractère professionnel de l'activité, M. BILLEMONT pense que celle-ci s'apprécie au moment de la conclusion du contrat et non à la naissance du litige, dès lors que c'est la qualité du consentement qui importe¹⁶³⁷. Simplement, peut-on opposer la clause à une personne qui n'était pas professionnelle au moment de la conclusion du contrat, mais le devient ultérieurement? Ou encore, peut-on opposer la clause conclue dans un cadre professionnel à un contractant qui a cessé son activité professionnelle à la survenance d'un litige? Aussi, que dire de l'opposabilité de la clause compromissoire cédée par un professionnel à un non-professionnel? La réponse à ces questions relève strictement de l'appréciation de l'interprète et peut donc donner pour chaque cas une solution différente. Mais d'une manière générale, que la personne soit devenue professionnelle après la conclusion du contrat contenant la clause — celle-ci peut donc se prévaloir de l'opposabilité de la clause à condition de convenir d'un avenant —, ou ait perdu sa qualité de professionnel suite à une cessation de son activité à la naissance du litige — cette dernière ne peut pas en principe arguer l'inopposabilité de la clause —, ou qu'une partie professionnelle cède le contrat contenant la clause à un non professionnelle — dans ce cas le cessionnaire ne peut être contraint à l'arbitrage —, il semble que la finalité de la règle de l'exigence de l'activité professionnelle ne souffre pas de la question de temporalité, puisque l'activité du contractant s'apprécie à la conclusion du contrat.

1111. En revanche, ce qui pose difficulté est certainement la question de l'appréciation matérielle du caractère professionnel de l'activité. Effectivement, la formulation de l'alinéa 2 de l'article doit en principe nous renseigner sur le champ d'application de la règle de l'activité professionnelle afin d'appréhender si la règle concerne le contractant agissant « *en raison* » de son activité professionnelle, c'est-à-dire « *en rapport direct* »¹⁶³⁸ avec cette activité, ou bien agit « *dans le cadre et pour le besoin de l'exercice* » de son activité professionnelle. Or, s'agissant de la nouvelle ou de l'ancienne formulation de l'alinéa, ce qui est retenu de manière générale, c'est que peu importe que le contractant agisse en raison ou dans le cadre et pour le besoin de son activité professionnelle, le champ d'application de la clause d'arbitrage est défini par le but de l'acte juridique¹⁶³⁹. Ainsi, la notion de « *professionnelle* » désignée par l'alinéa 2 concerne l'activité et non la qualité du contractant.

¹⁶³⁷ V. Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 108, p. 77.

¹⁶³⁸ V. Par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, *D.* 1995, p. 327, *note* PAISANT ; *RTD civ.* 1995, p. 362, *obs.* MESTRE.

¹⁶³⁹ V. en ce sens : Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 109, p. 77.

1112. Notons tout de même que bien que le champ d'application de la clause d'arbitrage soit attaché au but de l'acte juridique, l'ancien article 2061¹⁶⁴⁰ faisait malgré tout référence aux dispositions législatives particulières qui encadraient le domaine de la licéité de la clause d'arbitrage. En effet, certaines de ces dispositions, dites extensives, avaient validé la clause d'arbitrage en matière commerciale¹⁶⁴¹. On pense particulièrement à l'article L. 721-3 du Code de commerce qui validait la clause compromissoire conclue à l'occasion d'une activité qui n'est pas professionnelle pour les deux contractants, dès lors que l'on était en présence d'un acte de commerce par nature et dont la commercialité est indépendante de l'exercice d'une activité commerciale — exemples d'opérations boursières répétées et spéculatives¹⁶⁴² et d'actes de cession de blocs d'actions majoritaires¹⁶⁴³ —. Ou encore à l'article L. 721-5 du même Code qui admettait la clause compromissoire conclue dans les statuts entre les associés de sociétés de professions libérales¹⁶⁴⁴. En outre, le droit positif ne s'opposait pas à ce que des médecins, organisés sous forme de société d'exercice libéral par actions simplifiée, prévoient dans les statuts de leur société un mode alternatif de résolution des différends qui surviendraient pour raison de leur société.

1113. Par ailleurs, l'ancien article 2061 réservait d'autres dispositions législatives dites restrictives limitant le domaine de la licéité de la clause compromissoire. Nous pensons bien évidemment à l'article L. 1411-4 alinéa 1, qui énonce que « *le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre [c'est-à-dire les différends nés d'un contrat de travail]. Toute convention contraire est réputée non écrite* ». Cette disposition prohibait, et prohibe même aujourd'hui, la clause d'arbitrage dans les contrats de travail, bien que ces derniers soient en principe des actes juridiques conclus dans le cadre et en

¹⁶⁴⁰ « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

¹⁶⁴¹ L'ancien article 631 du Code de commerce devenu article L.721-3 dispose que : « Les tribunaux de commerce connaissent : 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ; 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ; 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées ».

¹⁶⁴² CA Paris, 17 juin 1971, *Rev. arb.*, 1971, p. 116, note FOUCHARD ; CA Paris, 8 juill. 1972, *Rev. arb.*, 1972, p. 65, cité par Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 125, p. 156.

¹⁶⁴³ Cass. com., 2 juill. 2002, *JCP G* 2003, I, 105, n° 3 obs. BÉGUIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2014, *JCP G* 2014, 1138, note LE BARS ; D. 2014, p. 2544, obs. CLAY ; D. 2015, p. 56, note DONDERO ; *Rev. arb.*, 2016, p. 853, obs. BOUCARON-NARDETTO. Cité par Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 125, p. 156.

¹⁶⁴⁴ V. en ce sens : l'article L.721-5 du Code de commerce qui dispose que : « Par dérogation au 2° de l'article L. 721-3 et sous réserve des compétences des juridictions disciplinaires et nonobstant toute disposition contraire, les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions en justice dans lesquelles l'une des parties est une société constituée conformément à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que des contestations survenant entre associés d'une telle société. Néanmoins, les associés peuvent convenir, dans les statuts, de soumettre à des arbitres les contestations qui surviendraient entre eux pour raison de leur société ».

raison d'une activité professionnelle pour les contractants. Nous pensons également à la disposition qui limitait le domaine de la clause d'arbitrage insérée dans les contrats conclus par un consommateur, puisque ce dernier « (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »¹⁶⁴⁵. En effet, l'article L 212-1 du Code de la consommation prévoit que certaines clauses peuvent être abusives si elles « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Ce texte renvoie à l'article R. 212-2 du même code qui dresse une liste non-exhaustive des clauses présumées abusives et parmi lesquelles est visée la clause qui a pour objet de « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ». Ainsi, la clause qui a pour effet de dessaisir le juge naturel de sa compétence pour la conférer à un arbitre est présumée abusive si elle fait l'objet d'une contestation par la partie faible. Nous reviendrons un peu plus tard sur ces deux dispositions pour démontrer qu'elles ne sont pas figées et qu'en s'appuyant sur les arguments des auteurs partisans de l'ouverture de l'arbitrage aux matières dites restrictives, nous pouvons rendre le domaine de la convention d'arbitrage licite même si l'acte la contenant est un contrat de travail ou de consommation.

1114. Par la seconde incohérence, à savoir la sanction du non-respect de l'exigence relative à l'activité professionnelle, l'article 2061 ne sanctionne plus la clause d'arbitrage de nullité¹⁶⁴⁶, mais d'inopposabilité. Sans nul doute, prononcer l'inopposabilité d'un acte semble être une solution nettement moins stricte que de le sanctionner de nullité comme disposait l'ancien article 2061 du Code civil. Cela étant dit, la nouvelle option ouverte par le nouveau texte n'est en réalité pas si nouvelle que cela puisse paraître. Effectivement, sous l'empire de l'ancien article, la partie qui ne contractait pas dans le cadre de son activité professionnelle avait le choix de la juridiction. La nullité qui en résultait était une nullité relative susceptible de confirmation. Si la partie faible, qui était seule à pouvoir invoquer la nullité, décidait de renoncer à l'invoquer, on considérait que celle-ci avait confirmé le recours à l'arbitrage. Dans le cas contraire, la clause d'arbitrage ne pouvait lui s'appliquer en

¹⁶⁴⁵ Article liminaire du Code de la consommation.

¹⁶⁴⁶ V. par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 29 fév. 2012, n° 11-12.782, *JCP G* 2012, p. 405, *obs.* MONÉGER et p. 843, *obs.* ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.*, 2012, p. 359, *note* DE FONTMICHEL.

raison de son invalidité évidente. L'inopposabilité semble donc n'apporter aucun progrès en ce qui concerne la pratique, puisque le résultat reste le même par rapport à la nullité, sauf à créer le doute quant à son efficacité, notamment en cas de litiges successifs, ce qui pourrait être une source d'insécurité juridique qui n'existait pas sous l'empire de l'ancien texte. Mais à supposer qu'il y ait tout de même évolution, le régime de la sanction soulève deux problématiques majeures.

1115. D'abord, l'utilisation de la terminologie « *inopposabilité* » est inappropriée¹⁶⁴⁷, même si la terminologie ici visée n'est comprise que pour son sens générique, c'est-à-dire celui qui consiste à neutraliser les effets juridiques d'un acte, y compris à l'égard des parties à cet acte, il n'en demeure pas moins que l'acception du terme « *opposabilité* » décrit l'effet juridique que produit un acte juridique à l'égard des tiers et non à l'égard des parties signataires. L'inopposabilité, comme l'a parfaitement écrit le doyen CARBONNIER : « (...) est une inefficacité de l'acte à l'égard des tiers ou de certains tiers, l'acte restant d'ailleurs valable entre les parties »¹⁶⁴⁸. L'opposabilité a donc un ministère : celui des affaires extérieures¹⁶⁴⁹ ; elle est indissociable de la notion de tiers. Ainsi, une formulation telle que : « sous réserve des dispositions particulières [référence ici aux dispositions dites restrictives énoncées au Code du travail et au Code de la consommation], la clause compromissoire n'est applicable à la partie faible que si celle-ci la consent », aurait été, à la limite, acceptable. Aussi, la mise en œuvre de l'opposabilité nécessite la recherche des conditions de connaissance et/ou d'acceptation tacite, alors qu'ici son déclenchement est conditionné d'abord par l'exigence de professionnalité.

1116. Ensuite, nous pensons que la maladresse dans le choix du terme « *opposabilité* » s'explique probablement par le fait que le législateur a voulu répondre de manière hâtive à un besoin pressant de moderniser la justice nationale. D'ailleurs, le projet de loi initial présenté à la première lecture ne contenait dans son article 7 que deux propositions de réforme ; l'article 2061¹⁶⁵⁰ n'en faisait pas partie. Ce dernier ne sera proposé à la réforme qu'à la seconde lecture¹⁶⁵¹. L'inopposabilité apparaissait

¹⁶⁴⁷ V. en ce sens : la critique de l'utilisation de la terminologie dans l'article 2061 du Code civil, Charles JARROSSON, « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. arb.*, 2016, p. 1022.

¹⁶⁴⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige Manuels, éd. 1^{ère}, vol. II, 2004, n° 1024.

¹⁶⁴⁹ José DUCLOS, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁵⁰ V. la première lecture du projet de loi du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle <https://www.senat.fr/leg/pjl14-661.html>.

¹⁶⁵¹ V. la nouvelle lecture du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : <https://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3872.asp>.

donc pour le législateur comme une solution capable de concilier entre deux volontés : d'un côté, libérer la clause d'arbitrage de son cadre très restrictif en permettant sa conclusion dans divers contrats et par diverses personnes qui ne sont pas forcément professionnelles afin de pouvoir lever la pression sur la justice étatique. Pour ce faire, le législateur a dû donc rompre avec la nullité relative qui invalidait, parfois à mauvais escient, la clause d'arbitrage de manière systématique — puisque seule la partie protégée avait la possibilité d'invoquer la règle de l'activité professionnelle —. De l'autre côté, renforcer l'ordre public de protection et garantir un certain équilibre contractuel entre les parties.

1117. À ce propos, il faut soulever tout de même que la jurisprudence interne était déjà en avance sur ces questions en jugeant par exemple que la nullité de la clause d'arbitrage n'était admise que si la partie faible l'invoque *in limine litis* et non à l'occasion d'un recours en annulation¹⁶⁵². En effet, cette solution, qui a été retenue en application de l'ancien article 2061 et à propos d'une clause compromissoire conclue dans un acte mixte, était venue s'affranchir des dispositions très rigides de l'ancien article 2061 en affirmant que si la partie faible n'invoque pas la nullité au début de la procédure, celle-ci était considérée comme ayant renoncé à son droit de dénoncer le caractère abusif d'une clause et ne peut donc invoquer la nullité de celle-ci, surtout que la partie faible a participé volontairement à l'instance arbitrale tout en ayant connaissance de l'existence de la clause. Bien que l'ordre public de protection soit mis en cause ici, la personne faible avait les cartes en main et la possibilité d'invoquer la nullité dès l'ouverture de la procédure arbitrale, mais puisqu'elle ne l'a pas fait, voulant certainement jouer sur plusieurs tableaux, elle ne pouvait donc bénéficier de la protection qui lui était accordée.

1118. Enfin, l'alinéa 2 soulève une autre problématique concernant cette fois-ci l'inapplicabilité du régime de la sanction du non-respect de l'exigence de l'activité professionnelle — inopposabilité — à certains cas d'arbitrage. Cette problématique, soulevée à la base par Mme UNTERMAIER à l'occasion d'une question adressée à

¹⁶⁵² V. en ce sens le cas des clauses d'arbitrages insérées dans un acte mixte : « *La participation sans réserve d'une partie à l'arbitrage vaut de sa part renonciation au droit d'invoquer, au motif qu'elle était insérée dans un acte mixte mixte, la nullité de la clause compromissoire* » : Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 2012, *Rev. arb.*, 2012, p. 283 (2^{ème} espèce), note BANDRAC. V. Également l'aff. *Claro* relative à la clause d'arbitrage conclue entre un consommateur et un opérateur téléphonique : CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/ 05, D. 2006, p. 2910, obs. AVENA-ROBARDET; *ibid.*, p. 3026, obs. CLAY ; *ibid.*, 2007, p. 2562, obs. D'AVOUT et BOLLÉE ; *RTD civ.* 2007, p.113, obs. MESTRE et FAGES ; *ibid.*, p. 633, obs. THÉRY ; *JDI* 2007, p.581, note MOURRE ; *Rev. arb.*, 2007, p. 109, note IDOT ; *JCP* 2007. I. 168, § 1, obs. SÉRAGLINI ; *Gaz. Pal.*, 29 avr. - 3 mai 2007, p. 17, obs. TRAIN ; *LPA* 2007, n° 152, p. 9, obs. LEGROS ; *ibid.*, n° 189, p. 9, note POISSONIER et TRICOIT ; *RDAl* 2007, n° 14, p. 55, obs. NOURISSAT ; *Europe* 2006, n° 378, p. 28, obs. IDOT.

Mme TAUBIRA garde des Sceaux¹⁶⁵³, consiste à ne concerner par l'inopposabilité que dans le cas d'arbitrage évoqué à l'alinéa 2, ce qui signifie qu'elle ne peut pas s'appliquer à l'arbitrage prévu entre personnes physiques ayant contracté dans un cadre personnel ; à l'arbitrage conclu entre deux professionnels personnes morales, ou encore à l'arbitrage prévu entre un non-professionnel, personne morale et un particulier, personne physique¹⁶⁵⁴. On ne peut toutefois que rester circonspect à la pertinence de cette solution et nous pensons que la réponse de la ministre vient compliquer davantage la lecture de l'alinéa 2, puisqu'elle laisse croire que la sanction réservée à la clause compromissoire, lorsque celle-ci est conclue entre non-professionnels, a son propre régime qui n'est pas l'inopposabilité, mais plutôt la nullité. Cette solution nous conduit à considérer que l'effet juridique produit dans les rapports potentiellement déséquilibrés, diffère de celui produit dans les relations équilibrées. Or, toute relation contractuelle consentie crée un effet obligatoire entre les parties, même si elle est potentiellement déséquilibrée. On ne peut que rejeter le motif du déséquilibre contractuel, car il est excessif de dire que les rapports lorsqu'ils sont établis entre des non-professionnels ou des professionnels sont par principe et toujours équilibrés. Effectivement, il existe des rapports entre professionnels qui sont déséquilibrés, alors que la clause d'arbitrage n'est pas pour autant sanctionnée d'inopposabilité. L'exemple qui peut être cité à ce propos, est celui des contrats qui organisent les réseaux de distribution où l'on donne force obligatoire à la clause d'arbitrage insérée dans un contrat de concession exclusive ou de franchise, alors que ce rapport met face à face une partie dominante et une autre dominée. La partie faible du contrat ne bénéficie donc pas de la protection contre l'arbitrage comme en bénéficierait un consommateur, car professionnelle ; elle ne peut pas donc, en cas de contestation, alléguer l'inopposabilité, mais la nullité — si l'on convient que l'inopposabilité n'a été disposée à l'alinéa 2 que pour rétablir l'équilibre entre les rapports contractuels déséquilibrés, les rapports entre professionnels ne sont pas concernés, car présumés équilibrés¹⁶⁵⁵ —.

¹⁶⁵³ Question n° 7098 du 02 août 2016 et réponse n° 3621 du 16 mai 2017 : <https://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-98313QE.htm>.

¹⁶⁵⁴ V. en ce sens : réponse du ministère de la Justice à propos des relations qui n'étaient pas déséquilibrées, publiée à la *Rev. arb.*, 2017, p. 773 ; v. Aussi, *D.* 2017, p. 2560, *obs.* CLAY, cité par Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, s.n. n° 228, p. 167.

¹⁶⁵⁵ V. en ce sens : la réponse du ministre qui a affirmé que : « (...) En effet, lorsque l'une des parties a contracté en dehors de son activité professionnelle, elle se trouve en général dans une situation déséquilibrée par rapport à l'autre, qui a contracté dans le cadre de son activité professionnelle. Le professionnel dispose le plus souvent de moyens financiers plus élevés que le consommateur ou le non professionnel. Pour rétablir l'équilibre entre les parties, le second alinéa de l'article 2061 prévoit donc que la partie qui a contracté en dehors de son activité professionnelle ne peut se voir opposer la clause, afin qu'elle ne soit pas contrainte, une fois le litige né, de recourir à l'arbitrage, mais qu'elle puisse le décider en connaissance de cause. Concrètement, une fois le litige né, cette partie peut choisir de s'engager, ou de ne pas s'engager, dans la procédure

1119. Pour conclure, il ne fait aucun doute que la rédaction actuelle de l'alinéa 2 élargit le domaine de la clause d'arbitrage, mais compte tenu de ce qui précède, seul un alignement sur les solutions libérales que propose le droit français de l'arbitrage international — dans lequel la clause d'arbitrage est valable, peu importe la qualité des parties dès lors que le rapport entre celles-ci met en cause des intérêts commerciaux — serait susceptible de résoudre l'ambiguïté et l'incohérence qu'on vient de démontrer et ainsi permettre à l'arbitrage de sortir du cadre restreint qu'on lui reconnaît aujourd'hui. L'abrogation de l'exigence de professionnalité paraît également corriger l'incohérence apparente que nous avons déjà évoquée et qui consiste à interdire l'insertion de la clause compromissoire dans le contrat de travail, bien que le cadre soit professionnel pour les deux parties.

ii. L'ouverture du domaine de la clause d'arbitrage aux les litiges nés d'un contrat de travail

1120. Si le droit interne prive aujourd'hui l'arbitrage de connaître les conflits nés d'un contrat de travail ou de consommation en application des règles spéciales, c'est parce qu'on considère l'arbitrage comme une justice privée très libérale réservée aux seuls rapports contractuels équilibrés où les parties seraient égales en termes de ressources pour répondre, en cas de situation de conflit, aux frais de l'arbitrage, alors que le rapport né d'un contrat de travail ou de consommation présuppose le déséquilibre, car au moins une partie est faible, incapable parfois de faire face aux dépenses que nécessite la procédure d'arbitrage, ce qui est naturellement le domaine de l'ordre public de protection¹⁶⁵⁶. Par conséquent, l'arbitrage ne pourrait être, ontologiquement, la justice des parties faibles. Ainsi, comme disaient PLAISANT et MOTULSKY : « *L'arbitrage suppose un équilibre des forces, partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie [...] l'arbitrage est à déconseiller dès lors que les deux parties ne se trouvent pas au même "niveau" »*¹⁶⁵⁷.

1121. Mais afin de poser les termes du débat, qui consiste à élargir le domaine de la clause d'arbitrage pour concerner les conflits nés d'un contrat de travail, on doit

arbitrale. En revanche, si elle décide de s'engager dans cette procédure, celle-ci devient obligatoire pour elle, ainsi bien sûr que la sentence prononcée par l'arbitre ou le collège arbitral », in, <https://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-98313QE.htm>.

¹⁶⁵⁶ V. en ce sens : Thomas CLAY, « *L'arbitrage des conflits de travail* », *CAPJIA*, 2017, n° 1, p. 38.

¹⁶⁵⁷ Robert PLAISANT, Henri MOTULSKY, « *L'arbitrage et les conflits du travail* », *Rev. arb.*, 1956, p. 78.

s'interroger d'abord sur ce qui est susceptible d'asphyxier cet arbitrage. Autrement dit, quels sont les critères qui permettent d'affirmer ou d'infirmer qu'une telle ou telle partie est en position de déséquilibre par rapport à l'autre partie ? Est-ce une question de moyens mobilisés pour entamer la procédure d'arbitrage ? Ou s'agit-il du consentement donné — si l'on estime que la partie faible lorsqu'elle accepte les termes d'un contrat, celle-ci le fait à son corps défendant puisqu'elle n'a pas le choix. Pour illustrer, un salarié n'est pas en position de perfectionner les termes de son accord, mais doit pourtant en consentir les termes et subir les effets, car son choix est contraint à la fois par un besoin économique pressant que seul l'employeur pourrait satisfaire — d'où la possibilité donnée au salarié de compromettre après la rupture du contrat de travail, puisqu'on estime qu'il devient libre et sa position s'équilibre avec celle de l'employeur ¹⁶⁵⁸ —, mais aussi par les dispositions de la convention collective à laquelle il ne peut déroger.

1122. Nous pensons que le déséquilibre entre les parties ne pourrait s'expliquer qu'en termes de ressources financières. Partant du postulat de la qualité de mineur social du salarié¹⁶⁵⁹, il ne peut y avoir, en principe, de déséquilibre au regard du consentement, car la formation ou l'adhésion à un contrat nécessite un consentement plein, sauf à l'obtenir de manière forcée ; il n'y a point de consentement spécial ou partiel. En revanche, pour soumettre un litige à l'arbitrage, au surplus des conditions de l'arbitrabilité¹⁶⁶⁰, les parties doivent être en capacité de mobiliser les moyens nécessaires pour répondre aux dépenses liées à l'arbitrage. Ainsi, la partie qui se trouve incapable de mobiliser les moyens nécessaires à l'ouverture de la procédure d'arbitrage, pour pouvoir assurer sa défense ou demander réparation, doit être considérée comme partie faible.

¹⁶⁵⁸ V. en ce sens la réponse de M. Jean AUROUX, Ministre de la Justice, questionné en marge du débat sur l'autorisation du compromis d'arbitrage : « Je tiens à préciser que le nouveau texte ne peut être considéré comme faisant échec au droit commun de l'arbitrage. Par conséquent [...] les salariés et les employeurs auront toujours la possibilité de soumettre leur litige à un arbitre, mais seulement le licenciement intervenu. En supprimant toute référence à un compromis d'arbitrage, le nouveau texte répond à la préoccupation du Gouvernement de mettre l'accent sur le rôle primordial de la juridiction prud'homale ». V. aussi : Cass. soc., 5 nov. 1984, *Rev. arb.*, 1986, p. 47 (1^{er} espèce), note MOREAU-BOURLÈS, dans lequel la Cour de cassation avait admis que : « Mais attendu que la cour d'appel ayant relevé que le contrat de travail avait été rompu le 31 mars 1980, en a justement déduit que les parties étant devenues dès lors libres et capables de compromettre, elles pouvaient le faire de manière licite à la date du compromis ».

¹⁶⁵⁹ Jacques BARTHÉLEMY, « L'arbitrage, avenir du droit du travail ? » in, *L'arbitrage*, APD, t. 52, Dalloz, 2009, p. 283.

¹⁶⁶⁰ Sur la condition de l'article 2059 du Code civil, certains auteurs - Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 141, p. 175 ; Estelle COURTOIS-CHAMPENOIS, « L'arbitrage des litiges en droit du travail. Étude comparative des droits français et américains », *Rev. arb.*, 2003, p. 34 - avancent l'idée que le salarié ne peut valablement conclure une convention d'arbitrage tant que ses droits doivent être considérés comme indisponibles. Autrement dit, le salarié ne peut pas compromettre sur des droits qui n'a pas encore acquis. En revanche, il aura cette possibilité une fois le contrat de travail rompu. Nous ne pouvons accepter cette affirmation, car la clause d'arbitrage n'est pas une clause ayant pour objet le substantiel, mais le processuel ; elle est neutre et ces effets ne peuvent être déployés qu'à la naissance du litige.

1123. Mais au-delà de la problématique du déséquilibre financier, à laquelle une solution pourrait être trouvée en proposant par exemple une aide juridictionnelle d'État¹⁶⁶¹, la prohibition de la clause compromissoire, maintenue encore dans certaines matières — dont le droit du travail, mais également droit de la consommation, droit de la propriété littéraire et artistique, droit de la propriété industrielle... etc. — à raison d'une attribution impérative de compétence, est sans nul doute une conséquence de la méfiance qu'avait la jurisprudence à l'égard de l'arbitrage en général et de la clause compromissoire en particulier¹⁶⁶². Une prohibition de principe que nous pensons aujourd'hui dépassée, puisque les justifications dont elle tient la légitimité sont en réalité infondées. Parmi ces justifications, et au-delà du fait que l'arbitrage et le droit du travail ont été longtemps considérés comme « *deux territoires juridiques parmi les plus jaloux de leur souveraineté* »¹⁶⁶³, puisque chaque matière lutte contre tout empiètement sur ses fondamentaux, la convention d'arbitrage est toujours rangée parmi les clauses présumées abusives¹⁶⁶⁴. Or, il est étonnant de considérer la clause d'arbitrage comme un instrument inégal de résolution de litiges, alors qu'elle est une clause processuelle qui se distingue des autres contrats ou clauses ayant pour objet le substantiel. Effectivement, un accord processuel se contente d'aménager l'action en justice, quel que soit le mode processuel choisi par les parties, cet accord n'est pas de nature abusive, il est neutre¹⁶⁶⁵. Plus précisément, ce qui intéresse au premier plan les parties, c'est le fond de la décision et non la procédure pour y parvenir. À ce propos, il a été décidé par exemple qu'une clause de conciliation — ayant donc pour objet le processuel — ne présente pas de déséquilibre significatif pour le salarié et ne revêt pas de caractère abusif¹⁶⁶⁶. Certes, il n'y a pas à comparer entre une clause d'arbitrage et une clause de conciliation, puisque la conciliation est une modalité alternative *non-juridictionnelle* de résolution de différends où la solution peut être négociée et ne s'impose que si les deux parties l'ont voulu, alors que l'arbitrage est un mode *juridictionnel* où seul l'arbitre décide de la solution qui s'impose aux parties, que la décision soit voulue ou non. Toutefois, ces clauses présentent une neutralité

¹⁶⁶¹ V. *infra*. n° 1209 et s.

¹⁶⁶² Conséquence de la jurisprudence (*Prunier*) — Cass. civ., 10 juillet 1843 — qui bannit la clause compromissoire pendant 80 ans.

¹⁶⁶³ Thomas CLAY, *op. cit.*, n° 1, p. 38.

¹⁶⁶⁴ V. par exemple, article R.212-2 du Code de la consommation.

¹⁶⁶⁵ Cf. Thomas CLAY, *op. cit.*, n° 5, p. 39.

¹⁶⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 2005, *Bull. civ. I*, n° 64 ; *Dr. et Patrim.*, 2006, n°144, p. 94, *obs.* AMRAN-MEKKI ; *JCP* 2005, I, p. 179, § 8, *obs.* BÉGUIN ; *JCP* 2005, I, p. 183, § 4, *obs.* CLAY ; *Rev. cont.* 2005, p. 99, *note* LAGARDE.

substantielle – ne modifient pas les droits substantiels -, ce qui conduit donc la clause d'arbitrage à être écartée de la catégorie des conventions déséquilibrées¹⁶⁶⁷.

1124. D'autres justifications à l'objection de normalisation de la clause d'arbitrage en droit du travail ont été également avancées et que nous continuons de penser qu'elles sont impertinentes. Parmi ces justifications, il y a celle qui présente l'arbitrage comme une justice privée qui ne peut être la justice du conflit social, car les arbitres désignés sont choisis conventionnellement et seraient *a priori* moins portés à protéger l'intérêt du salarié. M. RACINE disait sur ce point que : « *L'arbitrage ne doit pas être un moyen de porter atteinte aux intérêts des salariés, personnes protégées en vertu d'un ordre public social. (...) On craint que l'arbitrage soit un instrument au service de l'employeur et garantisse insuffisamment la protection du salarié* »¹⁶⁶⁸.

1125. D'abord, estimons qu'il n'y a pas de différence entre le processus de désignation des conseillers prudhommaux et celui des arbitres. En effet, les magistrats du conseil de prud'hommes, qui ne sont pas des professionnels de la justice et siègent irrégulièrement, sont désignés, à l'exception du juge départiteur, par les organisations patronales d'un côté et salariales de l'autre. Ensuite, pourquoi un arbitre serait-il moins enclin à protéger les intérêts du salarié, alors qu'il peut appliquer les lois qui assurent cette protection ? L'arbitre, lorsqu'il n'est pas désigné pour statuer comme amiable compositeur, juge selon les règles de droit. Il n'y a donc aucune raison de penser que l'un serait plus attentif aux intérêts du salarié que l'autre. Même le juge étatique peut parfois faillir lorsqu'il est question d'appliquer les règles, c'est la raison pour laquelle le droit français offre, à la partie insatisfaite de la décision ou de la sentence, la possibilité de faire un recours devant la cour d'appel¹⁶⁶⁹.

1126. Par ailleurs, il est également avancé qu'au regard de l'article L 1411-4 du Code du travail, le conseil de prud'hommes a une compétence exclusive qui paralyserait le principe compétence-compétence, ce qui écarte *a priori* la possibilité de prévoir une convention d'arbitrage avant la naissance du litige, plus précisément avant la rupture du contrat de travail. Or, l'exclusivité du conseil de prud'hommes n'a nullement été prévue pour déroger au principe compétence-compétence, mais

¹⁶⁶⁷ V. en ce sens : Thomas CLAY, *op. cit.*, n° 6, p. 40.

¹⁶⁶⁸ Jean -Baptiste RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, 1999, n° 119.

¹⁶⁶⁹ V. en ce sens : Jean DÉPREZ, « *Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international*, *RDAL*, 1990, n° 12, p. 833. Cité par Thomas CLAY, *op. cit.*, n° 4, p. 39. Cette idée a été également partagée par Jacques BARTHÉLÉMY et Gilbert CETTE dans leur rapport : *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, présenté pour le Conseil d'Analyse économique, Commentaires Pierre CAHUC et Jean-Paul FITOUSSI, 2010.

pour résoudre une problématique procédurale qui concernait les cadres, puisque ces derniers avaient, avant la réforme du 6 mai 1982, la possibilité de saisir le tribunal de commerce ou le tribunal d'instance¹⁶⁷⁰. Mais puisque l'article ne mentionnait nullement cette subtilité, une jurisprudence constante et postérieure à la réforme avait rappelé que la règle était d'ordre public de protection à laquelle il n'y avait point de dérogation¹⁶⁷¹, avant qu'une série d'arrêts ne vienne assouplir cette règle et confirmer la validité de la clause d'arbitrage dans le contrat de travail¹⁶⁷².

1127. Ainsi, et partageant l'avis de plusieurs auteurs de la doctrine, dont M. CLAY qui disait, de la possibilité de résoudre devant l'arbitrage interne les conflits liés à un contrat de travail, que : « *Il s'agit d'une question juridique assez simple. Même si certains avancent que l'arbitrage et le droit du travail n'ont rien à faire ensemble, je pense qu'au contraire il faut développer l'arbitrage en droit du travail* »¹⁶⁷³, le débat sur la restriction de l'arbitrabilité du contentieux de travail doit être dépassé. Surtout que la solution de la libéralisation de la convention d'arbitrage en droit du travail est largement admise et développée en droit comparé où ni le salarié ni l'employeur n'est placé en position d'infériorité contractuelle¹⁶⁷⁴. Il ne fait donc aucun doute que l'objectif de la proposition d'extension, comme il a été évoqué précédemment, est de permettre à la règle de l'attraction des tiers de concerner des matières variées. Un rapport né d'un contrat de travail, de consommation, de bail, ou de propriété intellectuelle, est une relation qui pourrait intéresser les tiers¹⁶⁷⁵. Ainsi, si les litiges nés de ces rapports sont arbitrables, ceux causés par les tiers le seront également.

1128. En somme, si l'extension du champ de l'arbitrabilité objective est possible, nous pensons que l'extension pourrait également concerner l'arbitrabilité subjective.

¹⁶⁷⁰ V. en ce sens : Hubert FLICHY, « *Le centre national d'arbitrage du travail (CNAT) une innovation juridique au service du justiciable* », in, colloque organisé par la commission de droit social : *Loi Macron, rapport Combrexelle quels enjeux, quels avens, pour la justice prud'homale ?* 5 déc. 2015.

¹⁶⁷¹ CA Paris, 10 déc. 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 157, note RONDEAU-RIVIER ; CA Paris, 4 juin 1992, *Rev. arb.*, 1993, p. 449, obs. HORY ; *RTD com.*, 1993, p. 642, obs. DUBARRY et LOQUIN ; CA Paris, 3 juill. 1997, *Rev. arb.*, 1997, p. 611, obs. DEGOS.

¹⁶⁷² V. entre autres décisions : Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-12905.

¹⁶⁷³ Thomas CLAY, cité par Hubert FLICHY, *art. préc.*

¹⁶⁷⁴ Parmi les droits étrangers qui sont très favorables à l'arbitrage et ayant validité les clauses d'arbitrages insérées dans un contrat de travail, on trouve le droit canadien, anglais et surtout américain dans lequel l'arbitrage est très développé et utilisé massivement. D'autres pays de droit civil autorisent également l'insertion de la clause d'arbitrage dans un contrat de travail, on peut citer par exemple du droit néerlandais, suédois, italien, ou encore Suisse. V. plus en détail : Jean-François POUDRET, Sébastien BESSON, *op. cit.*, n° 366 ; Estelle COURTOIS-CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 14, p. 349-380 ; Bernard HANOTIAU, *op. cit.*, n° 370 et s., Denis NADEAU, « *Arbitrage et conflit du travail : l'exemple canadien* », in, *La procédure entre tradition et modernité, s. dir.* Louis VOGEL, *Droit Global Law*, éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 51.

¹⁶⁷⁵ À titre d'illustration : l'exécution d'un contrat de consommation implique parfois plusieurs intermédiaires : plateforme de mise en relation consommateur/vendeur ; transporteur, livreur ... etc., qui sont, à la base, tiers au contrat de vente. C'est également le cas pour un contrat de travail où un tiers viendrait inciter le salarié à mettre fin au contrat de travail qui le lie avec son employeur afin de l'embaucher.

Ainsi, nous sommes pour une extension à tout litige né de rapports impliquant une personne morale publique à l'opération économique. C'est-ce que nous verrons dans la proposition suivante.

b. *Pour une extension de principe de l'arbitrabilité subjective à toute personne morale publique impliquée dans l'opération économique*

1129. Sous réserve des dérogations précédemment mentionnées¹⁶⁷⁶, l'État et les personnes morales de droit public ont, en principe, interdiction de recourir à l'arbitrage, puisqu'on a longtemps considéré que « *l'État doit être neutre entre sa douane et son commerce et qu'il fasse en sorte que ces deux choses ne se croisent pas (...)* »¹⁶⁷⁷. Autrement dit, le prince doit se contenter de récolter l'impôt et « *ne doit point faire le commerce* »¹⁶⁷⁸. Or, cette conception traditionnelle de l'État, réduit aux fonctions régaliennes, est aujourd'hui révolue. En effet, les actions de l'État ont profondément évolué. Lui-même, ou à travers les entités qu'il crée, l'État investit, commerce, concurrence, rachète ou nationalise des sociétés privées, forme des partenariats avec le secteur privé et conclut des contrats. En substance, l'État et ses entités sont aujourd'hui des « *opérateurs publics* » au même titre que les opérateurs privés. Ainsi, ne pas voir l'État ou ses personnes morales bénéficier des avantages de l'arbitrage, remet sérieusement en question le fondement et la raison d'être même de cette institution, surtout que la restriction de compromettre ne se pose qu'en matière interne et ne s'applique pas aux contrats internationaux et aux litiges mettant en cause les intérêts du commerce international¹⁶⁷⁹. On s'interroge donc ici sur ce qui pourrait justifier ce cloisonnement ou, autrement dit, ce qui empêcherait l'arbitrage interne de s'aligner et d'adopter les solutions libérales applicables en droit français de l'arbitrage international.

1130. Traditionnellement, la prohibition de compromettre s'est construite sur une conception politique et non juridique du contentieux public. Les litiges intéressant l'État et les personnes morales publiques ont toujours été soumis impérativement et exclusivement à la compétence des tribunaux administratifs, parce qu'on estimait que seules ces institutions étaient habilitées à condamner l'État

¹⁶⁷⁶ V. *supra*. n° 835.

¹⁶⁷⁷ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, livre XX, Chap. XIII.

¹⁶⁷⁸ *Ibid*, Chap. XIX.

¹⁶⁷⁹ V. *supra*. n° 837 et s.

et ses entités. Toute dévolution du règlement de ces litiges à une instance arbitrale, revient à conférer à des personnes privées, dont la légitimité est parfois discutée, la mission de juger les actions de la puissance publique, ce qui pourrait être vu comme une atteinte à la souveraineté de l'État et une remise en question de son autorité. Aussi, il est redouté que le recours à l'arbitrage par les personnes publiques ne garantisse pas la mission fondamentale qui leur est assignée : garantir le respect de l'intérêt général et le bon fonctionnement des services publics.

1131. Par ailleurs et compte tenu des avantages de l'arbitrage et des difficultés que rencontre aujourd'hui la justice administrative, qui peine à se réformer, il est craint qu'une libéralisation de l'accès de l'État et de ses entités à l'arbitrage interne ne dérouté les justiciables des tribunaux administratifs. Or, il faut reconnaître qu'il est difficile de sonner le glas de la justice administrative, car l'arbitrage ne concerne qu'un nombre limité et spécifique de litiges, et que les tribunaux administratifs restent tout de même compétents, et cela, de manière exclusive pour juger toutes les affaires où l'État et ses entités sont impliqués, y compris celles qui mettent en cause les intérêts du commerce si l'arbitrage n'a pas été convenu par les parties. Ainsi, l'arbitrage n'a pas pour ambition de concurrencer ou de se substituer à la justice administrative, mais il est certainement de par sa souplesse, sa célérité et l'expertise technique dont il fait preuve, une solution alternative, qui plus est juridictionnelle, la plus adaptée à la résolution des différends de nature commerciale.

1132. Mais le doute quant à la pertinence de la prohibition en matière interne se pose avec acuité dès lors qu'il n'est pas interdit à l'État ou à ses entités de prévoir l'arbitrage pour résoudre les contestations nées de contrats commerciaux internationaux. Cette liberté est justifiée par le fait que si l'État ou ses entités ne parviennent pas à convenir valablement d'une convention d'arbitrage dans les contrats internationaux, cela pourrait sérieusement limiter leur participation au commerce international et freiner, particulièrement en matière d'investissement, la circulation des capitaux. Cette crainte est légitimée par le fait que les opérateurs privés étrangers se sont habitués, presque exclusivement, à résoudre leurs litiges par voie d'arbitrage et exigent souvent l'insertion d'une clause d'arbitrage dans les contrats qu'ils concluent avec ces États ou ses entités. Le choix par les contractants étrangers de cette modalité se justifie davantage lorsque ces contrats sont conclus avec des États non-démocratiques où la justice est complexe, voire opaque, incapable de garantir aux justiciables un procès équitable. De la même façon, il ne peut y avoir de restriction de compromettre en matière internationale, puisque la prohibition est

susceptible d'encourager la mauvaise foi. En effet, il est redouté qu'une personne morale de droit public accepte d'insérer une clause d'arbitrage malgré l'interdiction par son droit national, et viendrait par la suite se retrancher derrière la prohibition pour tenter de faire échec à la constitution du tribunal arbitral.

1133. Ainsi et pour dépasser ce cloisonnement entre les deux droits et compte tenu du rôle aujourd'hui manifeste de l'arbitrage dans le commerce national et international, nous pensons qu'il n'y a plus à distinguer entre le statut des opérateurs publics et celui des opérateurs privés au regard de l'arbitrage. M. EL AHDAB disait à propos de la distinction en matière internationale que : « *Il est aujourd'hui possible d'affirmer qu'au niveau du commerce international, entités publiques et entités privées sont assimilables. D'où un rapprochement possible entre groupement public et groupe de sociétés* »¹⁶⁸⁰. Pour toutes ces raisons, nous sommes donc favorables à une extension de principe de l'arbitrabilité des litiges nés de rapports contractuels à caractère commercial dans lesquels l'État ou les personnes morales publiques s'y trouvent impliqués, et cela, peu importe que le contrat soit interne ou international. Autrement dit, nous sommes pour une autorisation générale de recourir à l'arbitrage pour trancher tous les litiges contractuels intéressant les personnes morales publiques, afin de déroger à la démarche du cas par cas et au système d'autorisations spéciales qui prévaut aujourd'hui. Cette proposition, contrairement à ce que l'on peut croire, n'est pas une solution irréalisable, puisque, d'un côté, le principe de la prohibition est un principe général de droit à valeur législative et non constitutionnelle, ce qui signifie que sa portée pourrait être modifiée par voie de dérogations législatives. De l'autre côté, il suffit d'observer le nombre de dérogations accordées en droit interne pour se rendre compte que l'exception est devenue la règle.

1134. Toutefois, l'affirmation du principe d'arbitrabilité des litiges intéressant les personnes morales de droit public n'est pas une proposition nouvelle. En effet, le 13 mars 2007, un groupe de travail, constitué à l'initiative du garde des Sceaux et présidé par M. LABOUTELLE, a suggéré, au premier article du projet de loi, que : « *Toute personne morale de droit public qui a conclu un contrat autre que de louage de services peut, par clause compromissoire ou par compromis, soumettre à arbitrage tout litige né de ce contrat et l'opposant à l'un de ses co-contractants* »¹⁶⁸¹. Le comité affirmait donc l'aptitude de toute personne morale de droit public à conclure soit une clause d'arbitrage ou un

¹⁶⁸⁰ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 1074, p. 893.

¹⁶⁸¹ Rapport du 13 mars 2007 sur l'arbitrage en matière administrative : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/074000267.pdf>.

compromis en toute matière contractuelle, mais excluait en revanche la possibilité de soumettre à l'arbitrage les contrats de louage de services et les matières qui concernent le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux. Le rapport insistait également sur la nécessité d'une distinction entre le régime de l'arbitrage appliqué en matière administrative et celui appliqué en droit commun. Le comité proposait que cette distinction soit observée au regard de la nature des litiges. Autrement dit, si les litiges relèvent du droit administratif, ceux-ci doivent être soumis à un régime d'arbitrage spécifique où le juge d'appui, chargé de nommer les arbitres en cas de désaccord, de contrôler la validité de la sentence et son exéquatur, serait le juge administratif — ce qui signifie que les recours en annulation devront aussi être effectués devant la cour administrative d'appel —. En revanche, si les litiges relèvent du droit privé, les personnes morales publiques devront se soumettre à l'arbitrage du droit commun, c'est-à-dire un régime caractérisé par la compétence des juridictions judiciaires en tant que juge d'appui.

1135. Bien que le rapport apporte une innovation à l'arbitrage en matière administrative interne, notamment sur la question qui nous intéresse ici et dont nous partageons la solution, le législateur n'a pas donné suite à ce projet de loi, puisque certaines des propositions annoncées n'avaient pas séduit le monde de l'arbitrage, et qui ont fait l'objet d'avis défavorables par le Conseil constitutionnel¹⁶⁸². En effet, une des propositions unanimement rejetée est celle tendant à faire aligner le droit de l'arbitrage international sur les solutions proposées pour le droit interne, notamment lorsque le contrat est administratif — ce qui signifie que celui-ci relèverait du régime spécial de l'arbitrage dans lequel la compétence serait celle des juridictions administratives en tant que juge d'appui.

1136. En somme et hormis la distinction entre les deux régimes de l'arbitrage et la proposition d'aligner l'arbitrage international sur les solutions préconisées pour l'arbitrage interne, que nous ne partageons pas, nous pensons que la proposition de supprimer le système d'autorisation et donc d'ouvrir l'arbitrage aux personnes morales publiques au même titre que les personnes morales de droit privé, nous semble être une solution cohérente et adéquate pour répondre aux besoins des litigants du commerce interne et international. Autrement dit, nous proposons de revoir la rédaction de l'article 2060 du Code civil en apportant une modification à l'alinéa et en supprimant l'alinéa 2. Ainsi, la nouvelle rédaction serait : « *On ne peut*

¹⁶⁸² Cons. const., 1^{er} mars 2007, n° 2007-552 DC.

compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps et plus généralement dans toutes les matières qui contreviennent à l'ordre public »¹⁶⁸³.

1137. Ainsi, et si la proposition est accueillie favorablement, on serait sans nul doute devant un élargissement de principe du domaine de l'arbitrabilité des litiges. Comme nous l'avons à maintes reprises rappelé, un élargissement de l'arbitrabilité des litiges, ou un élargissement du domaine de la licéité de la convention d'arbitrage, conduit à un élargissement des possibilités ouvrant la voie à l'attraction des tiers ou, autrement dit, une extension du champ d'application de la règle de l'attraction. En effet, si l'imbrication de l'État et de ses sociétés morales au commerce national est aujourd'hui une réalité économique, il est récurrent, à l'aune des relations contractuelles complexes, de voir l'État ou ses entités s'impliquer ou s'immiscer dans des rapports contractuels qui leur sont étrangers. Ainsi, une arbitrabilité *de principe* des litiges impliquant des personnes morales publiques, facilite l'attraction de ces dernières à la procédure d'arbitrage, alors qu'une interdiction de compromettre obligerait les contractants lésés à saisir les tribunaux administratifs, car seuls compétents pour juger la puissance publique, bien qu'ils aient choisi conventionnellement de dessaisir les juridictions étatiques de leur compétence. Ce qui est sans conteste une atteinte à leur liberté contractuelle. Mais la situation se complique davantage lorsqu'une personne morale publique tierce se rend complice de la violation de l'engagement contractuel par l'une des parties au contrat. Dans ce cas, qui sera compétent pour résoudre ce litige ? Sera-t-il le tribunal arbitral, compte tenu de la volonté des parties ? Ou bien le tribunal administratif, car la personne mise en cause est une entité morale publique ? Ou encore, assisterons-nous à un partage de compétence entre tribunal arbitral et tribunal administratif de sorte à permettre au premier de statuer sur l'action, de nature délictuelle ou contractuelle, dirigée contre la partie fautive au contrat, et au second la mission de juger en parallèle l'action, de nature délictuelle, dirigée contre la personne morale publique complice ?

¹⁶⁸³ La nouvelle rédaction que nous proposons consiste donc à supprimer la phrase : « *Sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* » et remplacer le verbe « *intéresser* », jugé confus et ayant fait l'objet d'une interprétation beaucoup plus souple par la jurisprudence, par le verbe « *contrevénir* » que nous pensons plus cohérent pour exprimer le sens voulu par la jurisprudence (v. par exemple : CA Paris, 15 juin 1959, *Rev. arb.*, 1956, p. 97 ; JCP 1956 II, 9419, note MOTULSKY ; D. 1957, p. 587, note ROBERT). En revanche, nous avons maintenu l'interdiction de compromettre pour les questions d'état, de capacité des personnes et celles relatives au divorce et aux séparations de corps, bien que certains auteurs de la doctrine ne voient pas d'inconvénient à ce que le champ de l'arbitrabilité soit davantage élargi en permettant par exemple à des particuliers de soumettre à l'arbitrage les questions relatives au divorce et à la séparation de corps, puisque ces questions peuvent se faire aujourd'hui par consentement mutuel, ce qui est donc une modalité amiable et alternative au juge judiciaire. Toutefois, nous pensons qu'une telle solution serait difficilement recevable et poserait des difficultés, notamment, à la reconnaissance de la *sentence* par les juges étrangers.

Ce partage de compétence serait, pour le moins qu'on puisse dire, contraire à la bonne administration de la justice.

1138. En définitive, les quelques propositions de solutions annoncées plus haut, n'ont été avancées que parce qu'elles ont fait l'objet d'une expérimentation et une application en matière internationale. Admises en interne par certains droits comparés¹⁶⁸⁴, par le droit français de l'arbitrage international et leur application ne pose pas de difficultés particulières, ces propositions d'extension de l'arbitrabilité auraient pu être élargies pour atteindre d'autres matières, notamment matrimoniales, mais puisque ces matières n'intéressent pas notre sujet, nous avons fait le choix de concerner par ces propositions la seule matière commerciale. Ainsi, parmi les propositions ouvrant la voie à l'attraction, spécialement en matière interne, la convention d'arbitrage doit faire l'économie de l'exigence de l'écrit et abandonner les restrictions liées au contenu et à l'interprétation de la portée de la convention. Aussi, le fait d'abandonner définitivement l'exigence du cantonnement de la clause d'arbitrage au seul cadre de l'activité professionnelle permet d'ouvrir la convention d'arbitrage aux particuliers et de corriger l'incohérence apparente qui consiste à interdire l'insertion de la clause compromissoire dans le contrat de travail, alors que le cadre est professionnel pour les deux parties. Enfin, une extension de principe de l'arbitrabilité subjective à toute personne morale publique impliquée à l'opération économique permet de répondre aux besoins du commerce national, car une telle solution permettrait aux opérateurs nationaux et aux entités morales publiques d'avoir un rapport d'égal à égal, surtout qu'aujourd'hui personnes morales publiques et personnes morales privées agissent et s'imbriquent de façon similaire dans l'économie nationale. Toutefois, si l'élargissement des critères ouvrant la voie à l'attraction est nécessaire pour une uniformisation des règles de l'attraction, certains critères conditionnant la règle de l'attraction doivent être revus pour être clarifiés, notamment le critère volontariste des tiers qui est induit de la connaissance et de l'implication. Voyons à présent ces critères conditionnant la règle de l'attraction.

¹⁶⁸⁴ Pour le droit suisse, l'article 177, al. 2 LDIP dispose que : « Si une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage » ; en ce qui concerne la Common Law, l'approche est basée sur une présomption générale d'arbitrabilité, sous toute réserve, nous n'avons relevé aucune disposition qui interdirait à l'État ou aux personnes morales de droit public de compromettre ni dans le « *Federal Arbitration Act* » ni dans le « *English Arbitration Act* ». V. également en ce sens : Gary B. BORN, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 964-969.

B. *Les règles conditionnant l'attraction*

1139. Nous avons conclu nos propos dans les développements précédents en disant que l'unification de la règle de l'attraction passe d'abord par une uniformisation des règles ouvrant la voie à l'attraction. Une première étape certes nécessaire, mais insuffisante sans une unification des règles conditionnant l'attraction des tiers à l'arbitrage. Ainsi, l'approche qui consiste à justifier l'attraction des tiers par le critère de la « *volonté* » tel que compris aujourd'hui souffre de diverses insuffisances qu'il convient de dégager et d'apprécier (1). Une fois ce travail accompli, il conviendra ensuite de proposer une nouvelle analyse de ce critère (2).

1. *L'incertitude de la justification actuelle de l'attraction en raison de la volonté des tiers*

1140. **Précisions sur les expressions juridiques liées à la notion de la volonté.** Rappelons que l'arbitrage est un mode alternatif et conventionnel de résolution de conflits. Alternatif, parce qu'il permet aux litigants de résoudre leurs conflits autrement que par le recours à une justice étatique. Conventionnel, parce qu'il est une justice privée convenue par les parties de manière libre et volontaire. La volonté serait ainsi une des conditions *sine qua non* de l'arbitrage. Le fait de retrouver un tiers soumis à cette justice conventionnelle implique nécessairement que la volonté de ce dernier ait été recherchée et vérifiée. Or, comment peut-on parler de la volonté du tiers, alors que ce dernier n'a échangé aucune volonté et n'a été signataire d'aucune convention d'arbitrage ? S'agit-il alors d'une volonté semblable à celle exigée pour valider l'arbitrage entre les parties signataires ? Ou bien est-il question d'une volonté *spéciale* ? Une *acceptation* de la volonté dont le sens et la portée seraient relatifs ? En tout cas, si la volonté occupe une place primordiale dans l'arbitrage, la recherche de ce critère, ou du moins une de ses manifestations, s'impose comme une nécessité, sinon on ne saurait justifier objectivement le processus d'attraction des tiers. Mais avant cela, il est nécessaire d'apporter au préalable un examen de la notion de volonté, ou génériquement appelée autonomie de la volonté, pour démontrer que celle-ci peut être comprise selon des conceptions, terminologies et formes différentes. Une fois ces précisions terminologiques exposées, celles-ci permettront par la suite de déterminer

de quelle volonté du tiers on parle et, s'il s'agit véritablement d'une volonté des tiers, de préciser la forme qui serait à même de justifier leur attraction.

1141. De manière générale, deux termes sont utilisés indistinctement pour désigner la notion de volonté, mais qui sont en réalité des expressions juridiques qui traduisent certes l'acte de volition, mais qui indiquent soit une forme particulière de la volonté, soit un degré de celle-ci : il s'agit du consentement et de l'acceptation. D'autres termes sont également utilisés, mais concernent surtout des situations bien précises, il s'agit de l'adhésion et de la ratification. Ainsi, si l'on part des définitions de la notion d'acceptation, qui est, selon l'article 1118 du Code civil, définie comme : « Une manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre ». Ou encore « le consentement d'une personne à une offre qui lui a été faite »¹⁶⁸⁵ ; du consentement, qui est un « accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droits »¹⁶⁸⁶ ; de la volonté, qui désigne « la faculté de vouloir ; aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte et à se décider »,¹⁶⁸⁷ ou : « Fait de vouloir, acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique »¹⁶⁸⁸, la notion de volonté semble donc être la source de toutes les autres notions ; elle les englobe, puisqu'effectivement une personne sans la faculté de vouloir, ou si elle n'entend pas l'exercer, ne peut valablement contracter et ne peut donc se retrouver dans le processus d'échange ou de rencontre d'éventuelles volontés. Quant à l'autonomie de la volonté, celle-ci est définie comme : « La théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propos loi, d'où positivement pour l'individu de contracter ou de ne pas contracter (liberté contractuelle) »¹⁶⁸⁹.

1142. Cela étant dit et après avoir rappelé la définition de toutes ces notions, qui sont aussi utilisées indistinctement pour désigner la sacro-sainte place de la volonté dans l'arbitrage, il est important de préciser que la volonté comprend un phénomène psychologique qui est la volonté interne — volonté consciente — et un élément d'extériorisation qui est la volonté déclarée. La première exprime la volonté réelle ou l'intention véritable de l'auteur de l'acte, tandis que la seconde renseigne sur la volonté exprimée expressément par déclaration écrite, orale, par le geste ou dans certains cas, exprimée tacitement par des comportements et des indices indiquant clairement la volonté de contracter. À partir de ces précisions, on s'interroge donc sur

¹⁶⁸⁵ Gérard CORNU, *op. cit.*, v. *Acceptation*.

¹⁶⁸⁶ *Idid.*, v. *Consentement*.

¹⁶⁸⁷ *Idid.*, v. *Volonté*.

¹⁶⁸⁸ *Id.*

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, v. *Autonomie*.

la forme qui peut être encline à justifier la volonté des tiers de se soumettre à l'arbitrage.

1143. De quelle volonté des tiers parle-t-on ? Au regard des décisions jurisprudentielles favorables à l'attraction que nous avons déjà citées, il ressort de ces décisions que la volonté des tiers qui est affichée est une volonté déclarée induite de leur implication. Autrement dit, la jurisprudence se contentait de présumer l'acceptation, qui n'est ni expresse ni tacite, mais reflétant seulement une volonté déclarée du tiers. Elle ne se préoccupait pas de rechercher la volonté interne du tiers. Or, pour une grande majorité de la doctrine, ce raisonnement est fustigé, car attirer un tiers en se fondant simplement sur l'acceptation présumée en l'absence d'intention réelle, se révèle insuffisant. En effet, en l'absence d'une volonté interne du tiers, l'attraction pourrait être assimilée à de l'arbitrage forcé ou à une extension-sanction. Par ailleurs et partant des conceptions de l'autonomie de la volonté, la recherche du critère volontariste du tiers semble emprunter un chemin épineux.

1144. Le chemin épineux de la recherche de la volonté des tiers. Si l'on s'appuie sur la conception individualiste de l'autonomie de la volonté, pour qui la volonté individuelle est la source de toute obligation juridique, la volonté servirait à justifier et à expliquer non seulement la formation du contrat, mais également sa force obligatoire. Dans cette conception, on ne peut en réalité parler de volonté des tiers, car le principe de l'autonomie de la volonté restreint l'effet obligatoire aux seules parties contractantes, à savoir les personnes ayant échangé leur volonté à propos de l'acte juridique et de la clause d'arbitrage qui y est insérée. Suivant cette conception, l'arbitrage serait la chose des parties contractantes. Toute autre personne voulant l'invoquer ou en être partie doit démontrer que sa volonté a expressément rencontré la volonté des contractants.

1145. En revanche, pour la doctrine positiviste, la volonté à elle seule ne peut suffire à justifier la force obligatoire du contrat. Kelsen, par exemple, propose une conception du contrat où seul le droit positif est en mesure de conférer à ce contrat sa force obligatoire. Pour ROUHETTE, la force obligatoire du contrat n'est fondée ni sur l'accord des volontés ni sur la volonté du débiteur¹⁶⁹⁰. Toutefois, bien qu'elle présente un intérêt indéniable, on ne peut pas s'appuyer sur la thèse¹⁶⁹¹ de ROUHETTE pour asseoir nos propos, car son analyse écarte le rôle de la volonté dans le contrat.

¹⁶⁹⁰ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *op. cit.*, n° 214, p. 168.

¹⁶⁹¹ George ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse de doctorat, droit, s. dir. René RODIÈRE, 2 vol., Paris, 1965.

En revanche, la conception de Kelsen, qui tente de distinguer entre la procédure de formation du contrat qui est caractérisée par l'accord des volontés et la norme résultant de cet accord¹⁶⁹², nous semble être une approche adéquate. À ce propos, GHESTIN, LOISEAU et SERINET ont relevé que l'approche kelsenienne du contrat « *a l'intérêt de montrer la portée relative de l'autonomie de la volonté, comprise comme une identité, susceptible de degrés, entre les sujets, assujettis à la règle contractuelle, et les parties contractantes, auteurs de cette règle. En outre, elle fait bien voir que l'autonomie de la volonté, ainsi entendue, ne dépend pas du fondement de la force obligatoire du contrat* ». Ils affirment plus loin que : « *Le choix en faveur de la liberté individuelle, qui se traduit par le principe d'autonomie des volontés, est métaphysique ou politique au sens le plus large, et qu'il n'est donc pas imposé par la nature même des relations contractuelles* »¹⁶⁹³.

1146. Une possible justification de l'attraction des tiers par le critère volontariste, mais ce critère doit être expliqué par des degrés dégressifs de la volonté. Partant du principe volontariste de l'arbitrage, pour rechercher la volonté du tiers, il convient de s'appuyer sur la théorie positiviste. C'est en effet à partir de cette approche que la doctrine arbitrale a pu présumer la volonté des tiers pour ensuite justifier le processus de leur attraction. Dans l'approche positiviste, la volonté présente une portée relative et modeste, puisque la volonté y est susceptible de degrés, contrairement à l'approche individualiste. En se référant aux degrés dégressifs de la volonté, cette dernière sera recherchée selon un procédé d'extériorisation qui doit se manifester autrement que par une expression matérielle et objective — volonté expresse —. Ce qui est en principe possible, puisqu'il existe deux méthodes expliquant le processus de participation à l'arbitrage de façon générale. La première méthode, la plus répandue, consiste à faire appel à la notion de « *volonté des parties* », ou autrement dit, faire appel à « *la volonté de souscrire à la convention d'arbitrage* »¹⁶⁹⁴ — liberté de contracter —. Naturellement, cette première méthode circonscrit l'arbitrage aux seules parties ayant échangé expressément leur volonté et exclut toutes celles dont la volonté n'a pas pu rencontrer d'autres volontés, ou qui n'a pas pu s'exprimer expressément dans l'acte juridique — les tiers en sont certainement exclus —. La seconde méthode consiste à faire appel au « *caractère volontaire de l'arbitrage* », c'est-à-dire faire appel à *la liberté de recourir à l'arbitrage*. Ce second sens permet de concerner par l'arbitrage aussi bien les contractants qui ont

¹⁶⁹² Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *op. cit.*, n° 213, p. 167.

¹⁶⁹³ *Id.*

¹⁶⁹⁴ V. en ce sens : Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 1121.2, p. 933 et s.

exprimé matériellement et expressément leur volonté en signant la convention d'arbitrage, mais également les tiers à l'acte juridique qui n'ont pas pu le faire expressément, mais qui l'ont démontré autrement. En justifiant donc la participation à l'arbitrage par la volonté de *recourir* à celui-ci et non par la volonté de *souscrire* à la convention d'arbitrage, on aboutirait à une justification de la volonté des tiers.

1147. Ceci étant dit, si la justification de l'attraction des tiers par l'acceptation présumée semble être pour la jurisprudence et une partie de la doctrine arbitragiste une justification suffisante, nous pensons toutefois qu'elle renferme de sérieuses lacunes et demeure incertaine. En effet, se référer à l'une des variables dégressives de la volonté — acceptation présumée — pour justifier l'acceptation des tiers est un exercice risqué d'autant plus que toute acceptation, autre qu'expresse, nécessite un effort d'interprétation et de compréhension de la volonté. Or, l'interprétation de la volonté est, comme disait un auteur, un art divinatoire¹⁶⁹⁵ où l'on peut emprunter des méthodes et moyens différents dont la complexité varie selon la situation de chaque fait. Ce qui n'est pas sans conséquence sur l'objectif recherché, à savoir asseoir objectivement le processus d'inclusion des tiers à l'instance arbitrale.

1148. **La difficile interprétation de l'intention des tiers.** Dans cette quête de la volonté, l'une des difficultés que rencontre l'interprète, réside dans l'appréciation de l'intention des tiers, c'est-à-dire démontrer leur volonté réelle ou interne. En effet, et contrairement à l'acceptation expresse où « *la manifestation de la volonté ne demande de la part du destinataire qu'un effort de compréhension, non d'interprétation* » et se traduit par des procédés de communication de langage — qu'ils soient écrits, parlés, ou par le geste¹⁶⁹⁶ —, l'acceptation tacite, ou « (...) *la manifestation de volonté résultante d'une attitude et qui nécessite une interprétation spéciale du destinataire pour être considérée comme une déclaration de volonté* »¹⁶⁹⁷, est différente, car elle se dégage d'indices¹⁶⁹⁸ et manifeste de la part de son auteur une intention de la communiquer à autrui. En revanche, en présence d'une acceptation présumée, l'extériorisation de la volonté se fait de moins en moins nettement et devient difficilement interprétable, car bien qu'elle soit accompagnée d'indices, ceux-ci ne traduisent pas l'intention de l'auteur de l'exprimer. C'est pour cela qu'il est difficile de faire la part entre l'acceptation tacite

¹⁶⁹⁵ Philippe MALAURIE, *Conclusion*, in, *Rencontres P.A, Le contrat : questions d'actualité*, n° 90, 5 mai 2000, p.74, cité par *Ibid.*, n° 1148, p. 966.

¹⁶⁹⁶ Gérard CORNU, *op. cit.*, v. Acceptation. V. également, Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *op. cit.*, n° 870 et s., p. 638 et s.

¹⁶⁹⁷ *Id.*

¹⁶⁹⁸ V. en ce sens : Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *op. cit.*, n° 870 et s., p. 638 et s.

et l'acceptation présumée, puisque les deux formes sont proches ; seule l'intention d'extérioriser celle-ci permet de les différencier.

1149. Par ailleurs et sans rentrer dans les détails, l'interprétation de l'intention du tiers se complique davantage et semble impossible lorsque le critère volontariste renvoie à l'acceptation *implicite* — forme d'acceptation la plus éloignée de l'acceptation expresse —. Cette forme d'acceptation, déduite du comportement *passif* du tiers — le silence — où l'on ne parle plus de *manifestation* de la volonté, mais d'une *déduction* de la volonté, est très discutée. La raison en est simple : le silence a un sens équivoque ; il n'exprime rien, ne se matérialise par aucune attitude et n'a aucun signe extérieur¹⁶⁹⁹. On se pose même la question de savoir si l'on peut parler d'acceptation dans ce cas, surtout que la jurisprudence a posé un principe et ne cesse de le rappeler, et cela, depuis fort longtemps¹⁷⁰⁰ : « *Le silence ne peut valoir, à lui seul, acceptation* »¹⁷⁰¹. Ainsi, l'adage : « *qui tacet consentire videtur* »¹⁷⁰² tant enseigné comme un principe est, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, abondé d'exceptions. C'est ainsi que l'article 1120 du Code civil énonce que : « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ». Autrement dit, « *le silence ne vaut pas, en principe, acceptation* »¹⁷⁰³. Reste que même si l'on arrive à dépasser la question de l'interprétation de l'intention des tiers que nous nous attacherons à caractériser à travers la connaissance, la volonté déclarée du tiers, qui se manifeste par son implication au contrat, pose là encore diverses interrogations.

1150. L'implication dans le contrat n'est pas toujours un indice fiable permettant d'afficher la volonté déclarée des tiers. Nous avons dit auparavant que la notion d'implication est très complexe à appréhender et dont le sens exact reste à préciser en raison du flou et de la malléabilité qui entourent sa définition. Mais ce que l'on peut dire ici, pour aller dans le sens de notre démonstration, c'est que la jurisprudence s'est quelquefois suffie du seul critère de l'implication pour présumer l'acceptation des tiers¹⁷⁰⁴. Or, il arrive parfois qu'un tiers s'implique positivement ou

¹⁶⁹⁹ V. en ce sens : *ibid.* n° 873, p. 642.

¹⁷⁰⁰ Cass. civ., 25 mai 1870, *DP* 1870, 1, p. 257 ; S. 1870, 1, p. 341.

¹⁷⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1979, *D.* 1979, p. 488 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, *Bull. civ. I*, n° 113 ; *D.* 2009, p. 2137 note LABARTHE ; *RTD civ.*, 2009, p. 530, *obs.* FAGES.

¹⁷⁰² Expression latine signifiant : « *qui ne dit mot consent* », ou encore : « *le silence vaut acceptation* ».

¹⁷⁰³ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *op. cit.*, n° 873, p. 640.

¹⁷⁰⁴ V. par exemple les décisions qui ont confirmé l'extension de la clause d'arbitrage aux tiers par le seul d'implication de ces derniers ; implication dont on a présumé la connaissance et, par la suite, l'acceptation du tiers : CA Paris, 7 déc. 1994, *RTD com.*, 1995, p. 401, *obs.* DUBARRY et LOQUIN ; *Rev. arb.*, 1996, p. 245, note JARROSSON ; v. également dans le même sens, CA Paris, 17 déc. 1997, *RTD com.*, 1998, p. 338, *obs.* DUBARRY et LOQUIN ; CA Paris, 26 nov. 2019, n° 18-20.873, *D.* 2020, *obs.* JOURDAN-MARQUES.

négativement dans le contrat, alors que son implication, bien qu'elle donne l'impression de faire partie de ce contrat ou d'en profiter, reste neutre et désintéressée. L'intention de ce tiers — son for intérieur — n'a jamais été de consentir les termes du contrat ou d'être concerné par les obligations qui en découlent. Comment peut-on donc présumer l'acceptation du tiers de la simple implication, alors que peut-être l'intention de ce dernier n'était pas de subir les effets du contrat et de la clause d'arbitrage qui y est insérée ? Il est, par conséquent, très difficile d'engager le tiers dans un processus d'arbitrage en se fondant simplement sur la présomption de volonté déclarée, interprétée d'indices qui ne communiquent pas et ne renseignent que très peu sur son intention¹⁷⁰⁵. Seule la participation ou l'implication active peut réellement renseigner sur l'intention.

1151. En somme, la volonté du tiers, telle que comprise aujourd'hui par la jurisprudence et par une partie de la doctrine, repose sur un raisonnement quelque peu biaisé et soulève à l'occasion diverses interrogations, et ce, à cause de la volonté du tiers qui repose seulement sur une recherche de la volonté déclarée sans qu'il y ait vérification de la volonté réelle ou interne — intention — du tiers.

2. *Pour une approche renouvelée de la recherche de la volonté du tiers*

1152. Nous avons relevé plus haut que la recherche de la volonté des tiers s'est révélée difficile à identifier et à caractériser. Pour lever cette difficulté, nous proposons une nouvelle approche de la volonté, approche qui permettra de mettre en exergue deux formes de volontés. Ensuite, une fois cette approche posée, nous nous attacherons à caractériser les deux conditions nécessaires pour présumer la volonté déclarée du tiers — manifestée par *l'implication* — et la volonté interne — à induire de la *connaissance* —.

1153. **Une nouvelle approche de la volonté : volonté à la formation et volonté à l'exécution.** La méthode que nous proposons consiste à distinguer entre la volonté au stade de la formation du contrat et la volonté au stade de son exécution. En effet, nous pensons que la volonté intervient dans chaque stade de la vie du contrat. Un

¹⁷⁰⁵ Sur ce point, certains auteurs de la doctrine ont justifié l'intention ou la volonté interne des tiers par le critère de la connaissance. Ce critère vient donc s'ajouter au critère de l'implication, qui est un indice qui ne renseigne que sur la volonté déclarée ou externe du tiers, pour justifier l'attraction. C'est ainsi qu'on a pu conjuguer la volonté interne — la connaissance et la volonté déclarée — implication.

premier stade où la volonté est immédiate et sert à valider la formation du contrat — phase permettant d’obtenir un accord, une source d’obligations —, et une seconde phase dans laquelle la volonté sera mobilisée pour exécuter les obligations de ce contrat. Dans le cas de la clause d’arbitrage, la première volonté intervient à sa formation — consentement exprès validant la clause et ne concerne que les parties contractantes —, et une seconde volonté vient en activer les effets au stade de son exécution. Au stade de l’exécution de la clause d’arbitrage, qui intervient tardivement — autrement dit, à la naissance du litige —, le tiers qui s’est impliqué peut se voir attrait aux effets de cette clause dans la mesure où on estime qu’il a exprimé sa volonté d’exécuter le contrat — volonté qui peut être tacite ou présumée —. Ici, il n’est nullement nécessaire que le tiers consente à la formation du contrat principal, mais il lui suffit de démontrer d’une acceptation autre qu’expresse à la phase d’exécution. On peut ajouter que le tiers peut également se trouver impliqué au moment de la formation du contrat sans pour autant avoir consenti expressément à ce contrat, et de ce fait, être attrait à l’arbitrage.

1154. La présomption de la volonté réelle et déclarée du tiers : acceptation tacite. Pour présumer la volonté réelle des tiers — volonté interne —, la connaissance par ces derniers de l’existence de la convention d’arbitrage doit être recherchée impérativement. En effet, la connaissance est un élément factuel et un outil fondamental pour déterminer l’intention du tiers. L’intention de ce dernier va donc être objectivée par la connaissance. En matière pénale par exemple, l’intention criminelle réside, selon les criminalistes classiques, « *dans la connaissance ou la conscience chez l’agent qu’il accomplit un acte illicite* »¹⁷⁰⁶. Si l’on devait raisonner par analogie en matière d’arbitrage, le tiers qui a pris connaissance de la clause d’arbitrage avant la naissance du litige, en sus de son implication, a nécessairement eu conscience des effets de la clause d’arbitrage et, par voie de conséquence, est présumé avoir eu l’intention de se soumettre à l’arbitrage. En effet, en raison de sa connaissance de la clause d’arbitrage, soit le tiers ne prête aucune importance aux conséquences de l’arbitrage et continue de s’impliquer dans le contrat le prévoyant. Soit, il en a saisi clairement les conséquences, mais ne s’oppose pas à l’idée d’y être attrait. En tout cas, le tiers qui n’a aucunement l’intention de participer à l’arbitrage cesserait naturellement son implication ou ne s’impliquerait pas. Il est certain que l’intention n’est pas directement démontrée à raison de son caractère subjectif et

¹⁷⁰⁶ Bernard BOULOC, *Droit pénal spécial*, éd. 25^{ème}, Dalloz, 2017, n° 276, p. 253.

psychologique, toutefois, elle est rendue vraisemblable par la preuve de la connaissance. Notons toutefois que la présomption de la connaissance est simple lorsqu'elle est *de facto*¹⁷⁰⁷ et irréfragable lorsqu'elle est *de jure*¹⁷⁰⁸.

1155. Ensuite, pour présumer la volonté déclarée du tiers de recourir à l'arbitrage, il suffit qu'il y ait implication de ce dernier à la formation, à l'exécution ou à l'anéantissement de l'acte juridique contenant la clause d'arbitrage. Il est présumé que cette volonté est induite dès lors que des actions ont été accomplies. Cependant, ces actions ne peuvent présumer l'acceptation du tiers, que lorsqu'elles ont une influence positive ou négative sur le contrat contenant l'arbitrage. Ce qui signifie que les actions neutres ou désintéressées n'ont en principe aucun effet sur la présomption d'acceptation. Cela dit, ces actions positives ou négatives du tiers ne valent pas déclaration expresse de volonté, mais simplement des indices qui renseignent que sur un comportement susceptible de porter à la connaissance d'autrui une possible volonté de contracter. Ces actions demeurent malgré tout insuffisantes pour confirmer la volonté définitive du tiers. C'est la raison pour laquelle le recours à la connaissance est primordial, car celle-ci permet de se joindre à la volonté déclarée afin de lui apporter l'élément psychologique manquant, à savoir l'intention. Transformant donc l'acceptation présumée en une acceptation tacite. Acceptation tacite qui, on l'a vu, se compose du comportement déclaré et de l'intention de se soumettre à l'arbitrage.

1156. Finalement, en adoptant une lecture unifiée des règles ouvrant la voie à l'attraction et une reconsidération des règles conditionnant son fondement, nous œuvrons pour une consolidation et une uniformisation de la règle de l'attraction. Toutefois, certaines difficultés subsistent lorsqu'on s'intéresse à l'extension de la convention d'arbitrage dans les groupes de contrats et de sociétés ou lorsqu'on étend la convention d'arbitrage aux tiers ayant démontré un comportement passif. En effet, certaines fragilités frappant la règle de l'attraction viennent de l'imprécision de certains éléments fondant la théorie du groupe, mais aussi de l'absence d'objectivation de l'interprétation des critères de bonne ou de mauvaise foi.

¹⁷⁰⁷ V. *supra*. n° 266 et s.

¹⁷⁰⁸ V. *supra*. n° 330 et s.

§2 Les remèdes aux fragilités frappant la règle d'attraction

1157. Dans la continuité des propositions permettant la consolidation et l'uniformisation de la règle de l'attraction, certaines fragilités touchant les fondements de l'extension au sein d'un groupe de contrats ou de sociétés, que nous avons relevées dans une section dédiée¹⁷⁰⁹, doivent être palliées. Pour ce faire, il nous semble nécessaire de repenser les paramètres et les périmètres fondant la théorie du groupe, afin d'identifier un cadre cohérent du groupe dans lequel l'extension se trouverait cohérente et prévisible (A). Aussi, la proposition qui consiste à tirer des formes de déloyauté les éléments objectifs qui les caractérisent pour ainsi les mobiliser comme justification à l'attraction d'un tiers non-signataire, qui aurait tenu un comportement répréhensible ou agi de mauvaise foi, nous semble être une piste pertinente, car elle permet d'éviter l'arbitraire et la subjectivité qui se trouveraient derrière l'appréciation de l'intention et du comportement de ce tiers (B).

A. Proposition d'un cadre pertinent à la théorie de groupe

1158. L'objet de ces développements est, comme on vient de le dire, d'identifier un cadre pertinent à la théorie du groupe afin de permettre à l'extension compromissaire de se doter d'un fondement qui serait à la fois cohérent et objectif. En effet, il ne s'agit certainement pas de proposer une refonte de la théorie du groupe de contrats ou de sociétés, ou de créer un procédé à travers lequel l'extension serait systématique, mais de revoir la théorie de groupe au regard des paramètres et des périmètres qui la définissent. Une révision des paramètres consiste essentiellement à évincer certaines explications qui ont été avancées pour définir la théorie de groupe et qui sont en réalité inopérantes. La redéfinition du périmètre consiste quant à elle à identifier les cas précis de groupes qui seraient retenus pour justifier l'extension et écarter ceux qui sont inutiles ou inadéquats. L'exposé des propositions concernera le cas du groupe de contrats (1), mais également celui de sociétés (2).

¹⁷⁰⁹ V. *supra*, n° 143 et s.

1. En présence d'un groupe de contrats

1159. Rappelons que l'extension *rationae personae* de la portée de la clause d'arbitrage dans le cadre d'un groupe de contrats, où il y a pluralité d'intervenants à une même opération, se justifie aujourd'hui par l'implication et la connaissance des contractants extrêmes¹⁷¹⁰. De son côté, l'extension *rationae materiae* de la portée de la convention d'arbitrage se justifie soit par la volonté claire des parties¹⁷¹¹, soit par le recours aux critères qui s'attachent à la notion de groupe de contrats, à savoir la nature ou l'intensité du lien juridique qui existe entre les conventions du groupe¹⁷¹². En effet, pour permettre la soumission à l'arbitrage des différends qui naîtraient entre les parties à l'occasion de l'exécution d'un contrat du groupe, les juridictions françaises avaient fait référence à *l'indivisibilité entre les conventions litigieuses*¹⁷¹³, à *l'indissociabilité*, à *la dépendance unilatérale entre les contrats*,¹⁷¹⁴ ou encore à *l'interdépendance économique*¹⁷¹⁵. Bien que ces termes soient parfois confondus¹⁷¹⁶, les

¹⁷¹⁰ Rappelons que la jurisprudence, pour justifier l'extension de la convention d'arbitrage internationale aux non-signataires appartenant à un groupe de contrats mettant en cause une pluralité de personnes, admet que : « *La clause d'arbitrage a une validité et une efficacité proposer qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter* ». Ou encore : « *Dans le droit de l'arbitrage international, les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause* ». La solution est identique pour la convention d'arbitrage interne.

¹⁷¹¹ C'est le cas lorsque le contrat de base contient une clause d'arbitrage et auquel se réfèrent tous les autres contrats concourant à la réalisation d'une même opération économique — ex. contrat-cadre et ses contrats d'application —.

¹⁷¹² Une telle situation est rencontrée souvent lorsque le contrat de base ne contient pas de clause d'arbitrage et que seul un sous-contrat la stipulant, ou que dans chacun des contrats les parties ont prévu une clause d'arbitrage distincte

¹⁷¹³ CA Paris, 11 janv. 1990, JDI, 1991, p. 141, note AUDIT ; *Rev. arb.*, 1992, p. 95, note COHEN ; *RTD com.*, 1992, p. 596, obs. DUBARRY et LOQUIN. Une telle situation est rencontrée souvent lorsque le contrat de base ne contient pas de clause d'arbitrage et que seul un sous-contrat la stipulant, ou que dans chacun des contrats les parties ont prévu une clause d'arbitrage distincte.

¹⁷¹⁴ V. par exemple : Ord. réf. Pdt. TGI Paris, 20 sept. 1999, inédite, citée par LI-KOTOVTCHIKHINE, note sous CA Paris, 23 nov. 1999 (*Glencore*), *Rev. arb.*, 2000, p. 501, spéc. n° 7, p. 508, cité par François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 89, p. 62.

¹⁷¹⁵ CA Paris, 15 janv. 1997, inédit, cité par Philippe FOUCHARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1999, (*Exportles c./Rusbois*), *Rev. arb.*, 2000, p. 96 (2^{ème} espèce), cité par Jean BILLEMONT, *op. cit.*, n° 531, p. 369 ; CA Paris, 23 nov. 1999, *préc. cité*.

¹⁷¹⁶ *L'interdépendance* est le lien spécifique qui, dans le cadre des ensembles contractuels, fait dépendre l'exécution d'un contrat envers l'autre, de l'exécution réciproque du second contrat envers le premier. Autrement dit, l'inexécution de l'obligation de l'un des deux contrats rend sans cause l'obligation qui en est la contrepartie -V. en ce sens : Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 558 -. En revanche, *la dépendance unilatérale* renvoie au lien de subordination unilatérale qui existe entre un contrat avec un autre. En effet, la dépendance unilatérale est la situation où l'exécution d'un contrat est subordonnée à l'existence et à l'exécution d'un autre, sans que ce dernier ne soit important à l'exécution du premier. Autrement dit, dans un ensemble de contrats, « *la réalisation d'une opération ne requiert pas toujours la conclusion de contrats de même importance. Un seul suffit pour que l'essentiel de l'objectif poursuivi soit atteint. D'autres, greffées sur le précédent, en constituent, cependant, un complément utile, voire nécessaire. Affectés à l'exécution du but visé à travers l'accord principal, ils occupent, à son égard, la position d'accessoires. Leur cause doit y être recherchée tandis que l'inverse n'est point vrai* », in, Bernard TEYSSIE, *op. cit.*, n° 223, p. 119. Enfin, *L'indivisibilité* entre contrats de l'ensemble est la situation dans laquelle la réalisation de l'opération économique unique ne sera possible que par la conclusion d'une série de contrats aussi importants que les uns envers les autres et indissociables - v. en ce sens, *Ibid.*, n° 180, p. 98 -. Ces terminologies ne doivent pas être confondues, car un ensemble indivisible peut être interdépendant, mais peut être également caractérisé par la dépendance unilatérale des contrats qui le forment. C'est donc à l'intérieur de l'ensemble contractuel indivisible que l'on peut

solutions qu'ils dégagent ont été également approuvées par une doctrine favorable à l'extension¹⁷¹⁷, même si les applications qui en sont faites sont parfois excessives faute d'un critère précis et constant¹⁷¹⁸.

1160. On s'est alors posé la question de savoir si le critère de l'indivisibilité pouvait être, par analogie, transposé et mobilisé pour fonder l'extension *rationae personae* dans un groupe de contrats mettant en cause des contractants extrêmes. Nous sommes arrivés à la conclusion que ce critère était insuffisant et que les règles dégagées à propos de l'extension *rationae materiae* de la convention d'arbitrage ne pourraient servir de modèle à l'examen de sa portée *rationae personae*, et cela, pour les raisons que nous avons évoquées¹⁷¹⁹.

1161. Cela étant, même si les critiques formulées ci-dessus ne concernaient que la question de l'insuffisance de l'indivisibilité contractuelle pour justifier l'extension *rationae personae* au sein des ensembles contractuels, le simple exposé de ces critiques, que nous pensons dépassées eu égard à la conception moderne de la notion de groupe de contrats, laisse pressentir les éventuelles solutions qu'il sera possible de lui proposer. Assurément, si l'on souhaite établir un cadre pertinent et une analyse cohérente des groupes de contrats où l'extension compromissoire se réaliserait sans embûches, les quelques critiques observées ne pourraient suffire. En effet, d'autres difficultés, fragilisant la notion de groupe de contrats, doivent également être levées et examinées avec attention.

1162. De manière très brève, parler d'extension compromissoire au sein de groupes de contrats soulève déjà une première problématique, à savoir le sens très générique de la notion de groupe de contrats. En effet, nous avons dit auparavant¹⁷²⁰ que le groupe de contrats est une figure juridique qui recouvre des situations variées dans lesquelles plusieurs types de groupements peuvent exister : chaîne hétérogène et homogène de contrats, ensembles contractuels unifiés — conventions complémentaires et extinctives —, ensembles contractuels séparés — sous-contrats

rencontrer l'interdépendance ou la dépendance unilatérale des contrats. En revanche, l'indissociabilité est un synonyme de l'indivisibilité.

¹⁷¹⁷ V. en ce sens : Laurent AYNÈS, *note sous* Cass. com., 5 mars 1991, *Rev. arb.*, 1992, p. 72 ; François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 88, p. 62 ; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 518, p. 317.

¹⁷¹⁸ Cf. François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 42, p. 24 ; Éric LOQUIN disait que : « L'extension de la clause compromissoire, à supposer qu'elle puisse se réaliser en dehors d'une volonté non équivoque des parties, ne peut s'expliquer que par le constat de l'existence de liens de dépendance substantiels entre les contrats dont il est prétendu qu'ils entrent dans le domaine d'application de la clause compromissoire », in, *Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises*, *op. cit.*, n° 26.

¹⁷¹⁹ V. *supra*. n° 866 et s.

¹⁷²⁰ V. *supra*. n° 630 et s.

—¹⁷²¹. Chaque groupement est différent au regard de la manière dont il s'organise, mais aussi au regard du lien, qui n'est pas toujours le même, existant entre les différents contrats qui le composent. Par exemple, en présence d'une chaîne homogène de contrats, les contrats sont unis parce qu'ils portent sur un même bien pouvant être transféré de manière successive. La participation d'un contractant extrême à l'arbitrage se fait ici à travers le mécanisme translatif de la convention d'arbitrage et non extensif — le consentement à l'arbitrage devrait en principe être acquis du fait de la transmission de la convention d'arbitrage —. Ce qui n'est pas le cas par exemple des chaînes hétérogènes de contrats, des sous-contrats ou encore des ensembles contractuels. Ainsi, lorsque l'on traite de l'extension compromissaire, il faut d'emblée délimiter le périmètre des groupes de contrats de sorte à n'admettre que les groupements où seul le mécanisme d'extension est susceptible d'être mobilisé, c'est-à-dire dans les ensembles contractuels.

1163. En réalité, ce n'est pas tellement la notion générique de la notion de groupe de contrats qui est un frein à l'extension *rationae personae*, car une fois les groupements délimités et identifiés, se posera en suite la problématique de l'analyse contractuelle du lien qui existe entre les contrats et les membres de l'ensemble contractuel, lorsque celui-ci met en cause une pluralité d'intervenants. En effet, si l'on revient sur les intérêts qui s'attachent à la notion de groupe de contrats et plus particulièrement à un ensemble contractuel, à savoir *la nature* du lien existant entre les contrats et les membres de l'ensemble, notamment ceux qui n'ont pas échangé leurs consentements, mais également, et surtout, *l'intensité* de ce lien, l'on constatera que là encore le droit positif est indécis. De toute évidence, si la première caractéristique avait, un certain temps, tendance à qualifier de « *nécessairement contractuel* » le lien qui unit les membres de l'ensemble — notamment lorsqu'il était question de qualifier les actions en responsabilité entre contractants extrêmes —, il s'est avéré, suivant une analyse stricte par la jurisprudence¹⁷²² du contrat et de sa relativité, que les membres extrêmes sont en réalité étrangers les uns par rapport aux autres et ne seraient point liés contractuellement¹⁷²³. Les actions en responsabilités — action directe par exemple — étaient considérées comme une extension du principe de l'inopposabilité des

¹⁷²¹ V. en ce sens la classification des ensembles contractuels effectuée par M. TRAIN, *in*, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, *op. cit.*

¹⁷²² V. en ce sens : Cass. Ass. plén., 12 juill. 1991 (arrêt *Besse*), *D.* 1991, n° 25, *note* KULLMANN ; *JCP* 1990. II. 21 154, *note* BOUILLOUX-LAFFONT. V. dans le même sens, Cass. civ. 1^{ère}, 16 fév. 1994, *Deffrénois*, 1994, *note* DELEBECQUE.

¹⁷²³ V. en ces sens : François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, éd. 12^{ème}, Dalloz, 2019, n° 690, p. 767.

exceptions au domaine des groupes de contrats¹⁷²⁴. Ainsi, s'il n'y a pas de lien contractuel entre les contractants extrêmes, il n'y aura alors à leur égard ni extension contractuelle ni processuelle, car on ne peut se prévaloir ou *invoquer* un contrat dont on n'a pas consenti les termes¹⁷²⁵. Seulement, pourquoi accepter l'extension de la portée du contrat de base, et des clauses qui y sont insérées, lorsque les parties sont identiques, et le refuser lorsqu'il y a pluralité d'intervenants ?

1164. C'est en raison de la volonté des contractants, répond-on, car ici, les parties sont identiques et qu'un lien contractuel existe entre elles, contrairement à un ensemble contractuel hétérogène mettant en cause plusieurs membres. On se demande alors s'il est possible, dans l'hypothèse de l'hétérogénéité des membres, de présumer la volonté de tous ces membres à partir de la dimension économique et non contractuelle. Autrement dit, présumer une volonté générale de se soumettre à l'arbitrage en se fondant sur l'économie générale du contrat. La confirmation d'un tel propos laissera certainement la possibilité à l'extension compromissive, *personae* comme *materiae*, de se justifier autrement que par le recours systématique à la recherche du lien contractuel qui, rappelons-le, n'existe pas entre les contractants extrêmes. Sans compter qu'aujourd'hui l'analyse contractuelle des groupes de contrats, particulièrement en matière internationale, est dominée par une analyse « globalisante »¹⁷²⁶, c'est-à-dire par une interprétation qui tend à faire du groupe de contrats un acte unique complexe où les contrats s'interprètent par rapport à l'opération économique qu'ils réalisent. Il s'agit ici presque d'établir que « l'objet de l'un des contrats implique l'existence et l'efficacité d'un autre contrat »¹⁷²⁷. Ce qui est de nature à atténuer sérieusement le principe de l'effet relatif des contrats¹⁷²⁸.

1165. Une telle solution est d'autant plus cohérente, car l'indivisibilité contractuelle est puisée de l'intensité du lien qui existe entre les contrats de l'ensemble. En effet, l'intensité mesure le degré d'interdépendance ou dépendance qui existe entre les contrats de l'ensemble. Autrement dit, l'intensité du lien met à l'épreuve la survie et la continuité des contrats, et donc de l'ensemble, lorsqu'une

¹⁷²⁴ Cf. Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 788, p. 653.

¹⁷²⁵ Les défenseurs de l'approche stricte, c'est-à-dire ceux qui sont pour une application stricte du principe de l'effet relatif des contrats, fustigent l'idée qu'un lien contractuel entre les membres de l'ensemble puisse exister, car pour ces auteurs chaque contrat de l'ensemble ne devrait produire d'effets qu'à l'égard de ceux qui l'ont contracté. Il serait donc inenvisageable, pour ces auteurs, qu'un membre du groupe puisse invoquer ou subir les effets d'une convention d'arbitrage prévue par un autre membre participant au même ensemble.

¹⁷²⁶ François Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 164, p. 110. V. également : François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *op. cit.*, n° 690, p. 767 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, n° 692, cité par Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 785, p. 651.

¹⁷²⁷ Laurent AYNÈS, « Critères de l'indivisibilité dans les groupes de contrats », *D.* 1995, p. 231.

¹⁷²⁸ V. en ce sens : les articles 1186 et 1187 du Code civil. V. également la préconisation de l'avant-projet Catala intitulée « De l'effet des contrats interdépendants ».

cause d'anéantissement atteint l'un des contrats de cet ensemble. C'est donc à partir de l'intensité du lien que la jurisprudence, et plus généralement le droit positif, reconnaît l'indivisibilité contractuelle qui, à son tour, caractérise les ensembles de contrats.

1166. Ainsi, comme on l'a vu¹⁷²⁹, si l'indivisibilité contractuelle ne faillit pas à l'examen de justification de l'extension *rationae materiae* de la convention d'arbitrage dans un ensemble à parties identiques¹⁷³⁰, elle ne devrait pas non plus faillir à son rôle de justification de l'extension compromissaire en présence d'un ensemble contractuel composé de plusieurs membres. Nous insistons donc sur le fait que l'indivisibilité, malgré les critiques touchant à son caractère¹⁷³¹, est de manière générale le fondement d'une compétence globale¹⁷³² capable de justifier l'extension de la clause compromissaire, et cela, quel que soit la qualité ou le nombre des personnes qui composent le groupe.

1167. Par conséquent, il n'est point artificiel d'affirmer que de l'indivisibilité qui caractérise les contrats d'un ensemble contractuel, que ce dernier soit formé par des parties identiques ou différentes, doit surgir, en principe, une indivisibilité processuelle. Cette dernière permettra donc une extension *rationae materiae* de la clause d'arbitrage au sein de ces ensembles — lorsque l'ensemble contractuel est formé entre les mêmes parties, l'extension est *rationae materiae*, alors que l'extension *rationae materiae* dans un ensemble à plusieurs intervenants est en réalité une extension *rationae personae* —.

1168. Cependant, pour pouvoir soutenir ces propos, l'indivisibilité doit se soumettre à certains critères. D'abord, il ne peut y avoir d'appréciation de l'indivisibilité que lorsque l'ensemble contractuel contient un contrat majeur —

¹⁷²⁹ V. *supra*. n° 643.

¹⁷³⁰ Rappelons ici que l'extension *rationae materiae* est l'extension de l'effet de la convention d'arbitrage, insérée dans un contrat de l'ensemble, à tous les contrats de l'ensemble lorsque ces contrats sont conclus par les mêmes parties.

¹⁷³¹ V. par exemple : Charles DU MOULIN, *Extrictio labyrinthi diuidui et individui*, Œuvres de du Moulin, t. IV, 1658, n° 289 ; Jean CARBONNIER, « Contrats spéciaux », *RTD civ.*, 1950, n° 2, p. 69 : « Les notions de divisibilité et d'indivisibilité sont suffisamment obscures pour être malléables, et elles sont d'autant plus malléables que leur emploi dépend, en dernière analyse, de l'intention des contractants » ; Philippe SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J., 1969, n° 291, p. 355 : « Voilà un concept d'une simplicité apparemment parfaite : celui de l'indivisibilité, qui, pourtant, se révèle comme l'un des plus confus lorsqu'on analyse ses applications concrètes » ; Jean BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *RTD civ.*, 1950, n° 1, p. 1, : « Le terme d'indivisibilité s'est révélé apte aux emplois les plus divers, et parfois les plus enviables ».

¹⁷³² Cf., François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 93, p. 65 : dans le cas d'une dépendance unilatérale, « L'indivisibilité est ainsi un fondement de la compétence globale qui peut jouer de deux façons différentes. D'une part, si l'on se place au niveau des différents contrats constituant l'ensemble, l'indivisibilité justifie l'extension de la clause compromissaire contenue dans l'un d'eux à tous les autres. D'autre part, si l'on se place, non plus au niveau des contrats, mais au niveau du groupe qu'ils constituent, l'indivisibilité justifie l'application de la clause compromissaire à l'ensemble globalement considéré et, par extension, à chacun de ses éléments ».

contrat de base — à l'objet duquel se réfèrent tous les autres contrats de l'ensemble. Autrement dit, l'indivisibilité contractuelle ne peut être caractérisée si le contrat-cadre qui dessine les contours du projet économique commun est absent, invalide ou mal exécuté. L'élément essentiel de l'indivisibilité contractuelle réside donc dans l'existence d'une structure hiérarchique ou, comme disait M. AYNÈS, une *subordination intellectuelle*¹⁷³³ entre les différents contrats.

1169. Ensuite, nous avons mentionné que la jurisprudence, et le droit positif de manière générale, apprécie l'indivisibilité soit par le recours à l'indivisibilité objective, qui tient au fait que l'exécution d'un/des contrat(s) est rendue impossible sans l'exécution du contrat principale¹⁷³⁴ — l'indivisibilité objective sera prononcée ici indépendamment de la volonté des parties —, soit en recourant à l'indivisibilité subjective qui, selon l'article 1186 du Code civil, fait de l'exécution d'un contrat une condition déterminante du consentement d'une partie, même si l'exécution d'un second contrat reste matériellement possible¹⁷³⁵. Ces deux éléments, qui étaient autrefois mobilisés tantôt conjointement¹⁷³⁶ tantôt séparément¹⁷³⁷ pour caractériser l'indivisibilité, se sont révélés insuffisants pour asseoir juridiquement la notion. C'est pour cela, et depuis la réforme de 2016, que le législateur a attaché à la notion d'indivisibilité contractuelle trois conditions cumulatives. Au surplus de l'exigence qui consiste à démontrer que les contrats liés participent à la réalisation d'une même et unique opération économique et de l'exigence d'interdépendance objective ou subjective, le législateur a imposé l'exigence de la connaissance de l'opération d'ensemble. Cette dernière exigence, disposée à l'alinéa 3 de l'article 1186 du Code civil, consiste à ne reconnaître l'indivisibilité que si le contractant contre lequel elle

¹⁷³³ Laurent AYNÈS, *note sous* Cass. com., 5 mars 1991 et Trib. com. Bobigny, 29 mars 1990, *Rev. arb.*, 1995, p.137.

¹⁷³⁴ À titre d'illustration, la dépendance entre contrats peut parfois être imposée par la loi. C'est ce que prévoit par exemple le Code civil à l'article 1186 qui dispose dans son alinéa 1^{er} que : « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ». C'est ce que prévoit également le Code de la consommation à l'article L.312-55 qui dispose que : « *En cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal peut, jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de crédit. Celui-ci est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé* ».

¹⁷³⁵ V. en ce sens : l'alinéa 2 de l'article 1186 du Code civil : « *Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* » (v. aussi : Cass. com., 13 fév. 2007, n° 05- 17 407, *Bull. civ.*, IV, n° 43 ; JCP 2007, II, 10.063, *note* SÉRINET). Cette condition peut parfois être illicite si elle renvoie au caractère potestatif (v. Par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1993, D. 1994, *somm. com.*, p. 231, *obs.* PAISANT ; *Deffrénois*, 1994, p. 793, *obs.* DELEBECQUE ; *RTD civ.*, 1994, p. 606, *obs.* MESTRE).

¹⁷³⁶ En s'appuyant sur la théorie de la cause, certains auteurs renvoyaient les deux éléments à l'expression de la volonté des parties, car derrière la finalité et la raison d'être du projet économique commun, il y a une volonté de l'ensemble des contractants de lier ces contrats entre eux. V. en ce sens : Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 798, p. 658 et s.

¹⁷³⁷ M. EL AHDAB, disait que ces deux éléments contribuent en réalité de « *manière complémentaire et égalitaire à cimenter l'ensemble contractuel de sorte à lui donner une structure contractuelle certaine et éprouvée, à étendre la force obligatoire de chaque contrat aux autres contrats de l'ensemble, et partant à étendre la clause compromissoire à ce dernier, lorsque l'indivisibilité serait également contentieuse* », in, Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 798, p. 659.

est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. Ainsi, et partant du principe que l'attraction des contractants extrêmes repose sur les critères de la connaissance et de l'implication, nous pensons que ces deux critères se reconnaissent parfaitement dans l'indivisibilité contractuelle telle que nous venons de la présenter. Autrement dit, pour attirer un contractant extrême, l'indivisibilité à elle seule serait suffisante, car elle englobe déjà les exigences d'implication et de connaissance. L'implication du contractant extrême est un *fait certain* qui se manifeste par son concours à la réalisation de l'opération unique. En ce qui concerne la connaissance, celle-ci est *présumée*, car l'indivisibilité contractuelle en dépend. On ne parlerait pas d'indivisibilité si le contractant extrême n'a pas été invité à prendre connaissance de l'opération de l'ensemble, et donc du contrat de base qui en encadre l'exécution. Ce dernier aura donc pris connaissance des termes et des conditions dans lesquelles l'opération en question est appelée à se réaliser dès le moment où il a donné son consentement. Ainsi, la connaissance et l'implication sont donc deux caractéristiques de l'indivisibilité dont elle ne saura se départir.

1170. Enfin, l'indivisibilité, une fois caractérisée, peut-elle conduire à une systématisation de l'extension au sein des ensembles contractuels ? Nous pensons qu'il est difficile de parler d'une systématisation de l'extension au sein de ces ensembles. La raison en est simple : la volonté des contractants extrêmes de se soumettre à l'arbitrage est chaque fois à rechercher et les pistes juridiques conduisant à sa prospection peuvent être parfois moins éclairées, voire aléatoires, et la volonté trouvée ne peut être que présumée — même si nous l'avons élevée au rang d'acceptation tacite compte tenu des propositions évoquées plus haut¹⁷³⁸ —. M. SEUBE disait à propos de l'interprétation de l'indivisibilité des contrats dans les ensembles contractuels que celle-ci « *se passe fort bien d'une volonté clairement exprimée* »¹⁷³⁹. Aussi, s'il y a systématisation de l'extension processuelle, cela signifie qu'il y aurait une systématisation de l'extension substantielle. L'on pourrait éventuellement admettre cette automaticité pour les actions processuelles, puisque les effets d'une clause d'arbitrage ou d'une clause d'élection du for ou de droit sont en principe neutres, n'affectant ni les obligations des parties signataires ni celles des contractants extrêmes, car une clause d'arbitrage a pour objet l'organisation de la procédure et, à travers l'extension de ses effets, elle participe au traitement unifié du contentieux. En revanche, une extension systématique de la force obligatoire du contrat de base à

¹⁷³⁸ V. *supra*. n° 1152 et s.

¹⁷³⁹ Jean-Baptiste SEUBE, *obs.* sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, *JCP E*, 1997, I, p. 217.

l'ensemble des contrats serait difficilement acceptable et pourrait même être dangereuse pour le foisonnement des ensembles contractuels, alors qu'ils sont présentés comme une construction juridique nécessaire aux relations contractuelles complexes et au monde des affaires. Qu'en est-il à présent des propositions qui pourraient être envisagées pour les groupes de sociétés ?

2. *En présence d'un groupe de sociétés*

1171. Un paradoxe permanent entache la notion de groupe de sociétés : autonomie juridique des sociétés contre unité économique du groupe, ou unité d'ensemble du groupe¹⁷⁴⁰. Principe d'ordre public, l'autonomie juridique garantit aux entités membres du groupe une protection juridique contre la responsabilité civile qui peut être commune. En effet, la protection tirée de ce principe interdit, par exemple, qu'une société mère soit tenue pour responsable des agissements de ses filiales¹⁷⁴¹ et d'être appelée en garantie pour les dommages causés¹⁷⁴², de répondre à la compensation de créance¹⁷⁴³ ou à la solidarité commerciale¹⁷⁴⁴. En revanche, dès lors que l'on outrepassé et transgresse le devoir de respect de ce principe : en confondant les patrimoines¹⁷⁴⁵, en s'immisçant ou s'impliquant dans les affaires de la filiale¹⁷⁴⁶, ou encore en adoptant un comportement frauduleux ou apparent, on aboutit à une situation où les cloisons protectrices seront abattues et l'application du principe de l'indépendance juridique interrompue¹⁷⁴⁷. L'ouverture d'une exception au principe de l'absence de responsabilité commune permet de lever le voile sur les différents agissements pour que les sociétés fautives répondent de leurs actes devant une juridiction.

¹⁷⁴⁰ V. en ce sens : Rémi MARRAU, *Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés*, LPA, 1996 ; Charley HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, thèse de doctorat, droit, préf. Antoine LYON-CAEN, L.G.D.J, 1991.

¹⁷⁴¹ V. en ce sens : Rémi MARRAU, *op. cit.*, n° 94, p. 4. L'auteur cite l'exception de l'arrêt Saint Gobin : CA Versailles, 17 sept. 1986, *JCP*, 1987, E 16 644, n° 20 ; *obs.* VIANDIER-CAUSSAIN.

¹⁷⁴² Cf. *Ibid.*, l'auteur cite : Cass. com., 11 déc. 1985 ; *Lamy Stés commerciales*, n° 1878 et Cass. com., 7 nov. 1987 ; *Rev. soc.*, 1988, n° 3, p. 393.

¹⁷⁴³ *Id.*

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, l'auteur cite : CA Paris, 4 mai 1990, *D.* 1990, I. R. 156.

¹⁷⁴⁵ C'est ce qui est d'ailleurs observé par exemple en matière de procédure collective où le principe de l'autonomie juridique des sociétés est tempéré en application de l'alinéa 2 de l'article L.621-2 du Code de commerce qui dispose que : « À la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ». V. en ce sens : Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, éd. 33^{ème}, LexisNexis, 2020, n° 2239, p. 864.

¹⁷⁴⁶ *Id.*

¹⁷⁴⁷ V. en ce sens : Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *op. cit.*, n° 2239, p. 864.

1172. Cette juridiction serait arbitrale si la société ayant subi, ou causé, le dommage est signataire d'une convention d'arbitrage. C'est ce que nous avons d'ailleurs avancé lorsqu'il était question d'examiner le cas d'extension de la convention d'arbitrage en présence d'un groupe de sociétés¹⁷⁴⁸. Effectivement, nous avons dit que l'extension compromissoire peut concerner aussi bien la sphère interne que la sphère externe¹⁷⁴⁹. La première concerne les litiges qui opposent les sociétés membres du groupe. La seconde a trait aux litiges qui opposent une ou plusieurs société(s) du groupe à une ou plusieurs personne(s) tierce(s). Qu'elle soit mobilisée dans la sphère interne ou externe, l'extension de l'arbitrage ne peut se réaliser qu'en cas de respect des conditions déjà susmentionnées, à savoir l'exigence du critère d'implication active — formation ou exécution du contrat — ou passive — résiliation du contrat ou comportement apparent ou frauduleux — et celui de la connaissance. Ces deux critères permettent de présumer la volonté des non-signataires de se soumettre à l'arbitrage. S'ajoute à ces éléments, la dimension procédurale qui consiste à faire de l'extension de l'arbitrage aux sociétés non-signataires un mécanisme conforme à la bonne administration de la justice, puisqu'elle permet de réunir tous les protagonistes devant un même et unique juge.

1173. Par ailleurs, puisque l'absence de responsabilité commune des sociétés du groupe — absence donc d'extension compromissoire — est fondée sur le respect du principe de l'autonomie juridique des sociétés, il est, par conséquent, fait radicalement abstraction du critère de la domination exercée par la ou les société(s) du groupe, et cela, quelles que soient la forme et l'expression de cette domination¹⁷⁵⁰. Autrement dit, l'image de l'unité économique projetée aux tiers à travers le contrôle, la pensée commune du groupe, les flux financiers et de personnels¹⁷⁵¹ constitue certes une réalité, mais celle-ci ne peut être reçue par l'ordre juridique que par le biais de la théorie de la transparence¹⁷⁵², c'est-à-dire lorsqu'il est exigé la levée du voile sur la personnalité morale. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est majoritairement admis que le fait d'appartenir à ces groupes n'est jamais à lui seul suffisant pour fonder l'extension de la responsabilité, et ce quel que soit le rapport de domination exercée au sein de ces groupes et de l'unité économique qui en découle. Cela s'explique par le fait qu'en matière de responsabilité civile, l'unité économique ne

¹⁷⁴⁸ V. *supra*. n° 645 et s.

¹⁷⁴⁹ V. en ce sens : Olivier CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, préf. Guy KEUTGEN, Bruylant, L.G.D.J., 2002, n° 444, p. 405.

¹⁷⁵⁰ V. en ce sens : Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *op. cit.*, n° 2239, p. 864.

¹⁷⁵¹ *Id.*

¹⁷⁵² Cf. Charley HANNOUN, *op. cit.*, n° 312, p. 216.

peut s'imposer d'elle-même à l'ordre étatique pour mettre en jeu la responsabilité commune des sociétés. De la même façon, l'extension compromissaire n'a pu être justifiée que par des motifs ayant conduit nécessairement à la transgression du principe de l'autonomie juridique des sociétés. En revanche, ce qui est admis pour le critère de l'unité économique, c'est que les liens organiques qu'il fait apparaître permettent d'être une source complémentaire et subsidiaire à la recherche de volontés¹⁷⁵³, ou comme disait M. BOUCOBZA : « *La notion ne serait que l'un des éléments de "la matrice factuelle" révélant l'intention réelle des parties, un indice qui prédispose à l'extension de la clause à la condition toutefois d'être complété par d'autres circonstances suffisamment spécifiques* »¹⁷⁵⁴.

1174. Cela dit, pouvons-nous aller à l'encontre de cette idée, qui est majoritairement admise par la doctrine, et dire qu'à la lumière de ce qui a été dit à propos de l'indivisibilité des ensembles contractuels, l'unité économique pourrait aussi devenir un critère suffisant pour justifier l'attraction des sociétés membres non-signataires ? Dit autrement, si la principale barrière juridique empêchant l'extension, est le principe de l'autonomie juridique des sociétés — qui est à juxtaposer avec le principe de la relativité des conventions —, puisqu'il met le caractère volontaire de l'arbitrage à l'épreuve¹⁷⁵⁵, est-il possible alors de dépasser, tempérer ce principe en le neutralisant dès lors que l'on aura procédé au réajustement de la notion de groupe de sociétés pour en établir un cadre cohérent et pertinent où il serait possible de fonder l'extension de manière systématique¹⁷⁵⁶ ? L'idée ici est de faire prévaloir l'unité économique sur la singularité de chacun des membres du groupe, de sorte à proposer une systématisation de l'extension compromissaire dès lors qu'il y a domination ou subordination intellectuelle exercée par une entité, à l'image de la subordination que l'on retrouve dans les ensembles contractuels.

1175. La démarche sera donc pragmatique et tiendra compte de l'évolution du droit positif. Un pragmatisme dont certaines matières du droit ont su faire preuve. À l'instar du droit de la concurrence, chaque fois que l'on sera en présence d'un groupe de sociétés, l'on édictera une présomption quasi irréfragable d'influence permettant

¹⁷⁵³ V. En ce sens, Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, 1012, p. 839.

¹⁷⁵⁴ Cf. Xavier BOUCOBZA, *L'extension de la clause compromissaire à l'épreuve du droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁷⁵⁵ *Id.*

¹⁷⁵⁶ La systématisation doit être entendue ici comme synonyme d'automatisation. Autrement dit, l'extension compromissaire sera mobilisée de manière automatique dès lors que l'on aura identifié le groupe de sociétés qui sera pertinent et cohérent dans lequel seront identifiées le ou les sociétés concernées par l'extension — l'identification des sociétés concernées par l'attraction dépend des éléments objectifs qui participent à la recherche de la volonté des sociétés membres ; ces mêmes éléments sont le fondement même du système d'extension systématique —.

d'imputer à la société mère les agissements de sa filiale et inversement. Confirmer une telle proposition, qui n'est à juste titre pas si nouvelle ni invraisemblable¹⁷⁵⁷, nous permettra de fournir une analyse à travers laquelle la recherche de la volonté des non-signataires s'effectuera de manière objective, certaine et automatique. Sans doute, proposer un système d'extension systématique peut être très critiqué et pourrait même être qualifié d'hérésie juridique¹⁷⁵⁸, à raison, comme on l'a dit, des principes directeurs, qui sont l'autonomie juridique des sociétés et le principe de l'effet relatif des conventions. Nonobstant, l'écueil peut être contourné en présentant de sérieux arguments.

1176. En effet, pour pouvoir construire juridiquement un système d'extension systématique, il faut commencer par délimiter les périmètres, en procédant à l'exclusion des figures de groupes de sociétés qui ne sauraient réceptionner l'automatisation de l'extension, pour pouvoir par la suite en identifier les paramètres adéquats.

1177. **Limitation du périmètre.** Comme dans les groupes de contrats, les groupements de sociétés dans leur grande diversité d'organisation peuvent donner lieu parfois à des structures très décentralisées qu'il devient difficile de savoir si une société fait réellement partie d'un groupe déterminé ou pas¹⁷⁵⁹, mais peuvent donner lieu également à des structures extrêmement centralisées à tel point que le patrimoine des sociétés membres du groupe appartient totalement à la société mère — c'est le cas des filiales détenues à 100 % —. Peut-être, ces deux cas de figure ne peuvent être pris en compte dans la présente étude, car la première situation rend difficile l'identification du rapport de domination. Dans la seconde, les sociétés sont en réalité soit des succursales — dans ce cas l'extension systématique est retenue sans difficulté¹⁷⁶⁰ —, soit des établissements sans personnalité¹⁷⁶¹ où il serait alors impossible d'appliquer la systématisation, puisqu'une telle construction présente un non-sens juridique¹⁷⁶². Ainsi, l'examen ne concernera que les groupes de sociétés où il est aisé d'identifier la nature et le degré des rapports qu'entretiennent les sociétés entre elles.

¹⁷⁵⁷ V. en ce sens : Laurent AYNES, *note sous* Cass. com., 5 mars 1991, (*Peptrax*), *Rev. arb.*, 1992, p. 72 et s.

¹⁷⁵⁸ Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 1012, p. 839.

¹⁷⁵⁹ *Id.*

¹⁷⁶⁰ V. Charley HANNOUN, *op. cit.*, n° 347, p. 236.

¹⁷⁶¹ V. en ce sens : Rémi MARRAU, « *Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés* », *op. cit.*, n° 94, p. 4.

¹⁷⁶² *Id.*

1178. Ensuite, la définition de la notion de groupe de sociétés connaît un très grand *éclectisme d'approches*¹⁷⁶³ qu'il faut harmoniser. De manière générique, le groupe de sociétés est défini comme une structure, constituée selon un principe hiérarchique, où plusieurs sociétés, tout en conservant leur personnalité juridique, se trouvent sous la domination, sous la direction commune d'une même personne morale ou physique, à laquelle elles sont plus ou moins étroitement subordonnées¹⁷⁶⁴. Autrement dit, là où il y a domination, c'est-à-dire le contrôle¹⁷⁶⁵ d'une société par une autre, il y a un groupe de sociétés¹⁷⁶⁶. Mais à regarder les diverses définitions légales de la notion de groupe de sociétés, l'on constatera que chaque définition de la notion de contrôle n'a de valeur qu'au regard des dispositions pour lesquelles elle a été conçue¹⁷⁶⁷. C'est-à-dire que dans chaque discipline de droit, l'on trouve une approche légale différente de la notion de groupe de sociétés. En effet, la définition de la notion varie selon qu'elle est appréhendée en droit civil, commercial, économique, comptable, social, pénal, fiscal ou procédural¹⁷⁶⁸. On peut ainsi rencontrer des situations constitutives de groupe de sociétés du point de vue du droit social, alors qu'il n'en sera pas de même au regard du droit des sociétés ou au regard du droit comptable¹⁷⁶⁹. Cependant, le point commun partagé par toutes ces disciplines, c'est que le degré d'influence exercée par la société dominante sur les sociétés dominées est tel qu'il arrive parfois que les partenaires externes au groupe ne semblent pas attacher beaucoup d'importance à la désignation du contractant membre du groupe¹⁷⁷⁰, ou que l'unité du groupe peut laisser croire à ces partenaires que toutes

¹⁷⁶³ Cf. Xavier BOUCOBZA, « *L'extension de la clause compromissoire à l'épreuve du droit des sociétés* », *op. cit.*, p. 106.

¹⁷⁶⁴ V. en ce sens : Michel VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, thèse de doctorat, droit, préf. Robert PLAISANT, L.G.D.J., 1962, n° 3, p. 6.

¹⁷⁶⁵ V. en ce sens : Arnaud LECOURT, « *Groupe de sociétés* », *Rép. Soc.*, mars 2021.

¹⁷⁶⁶ Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY, *op. cit.*, n° 2239, p. 864.

¹⁷⁶⁷ *Id.*

¹⁷⁶⁸ Cf. Xavier BOUCOBZA, *L'extension de la clause compromissoire à l'épreuve du droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 106.

L'auteur cite Kartin DECKERT, *Un jugement rendu dans une affaire concernant l'une des sociétés du groupe doit être dûment notifié à celle-ci et non à une autre société du même groupe*, *Lettre Creda-Sociétés*, n° 2016-12, 28 mars 2016.

¹⁷⁶⁹ Par exemple, **en droit des sociétés**, la notion de contrôle est appréhendée à partir du droit de vote. En effet, l'article L.233-3 du Code de commerce dispose que : I. — Toute *personne*, physique ou morale, est considérée (...), comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. II. Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. III. Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale. **En droit comptable**, la définition du contrôle prend en considération les besoins de la consolidation comptable — v. l'article L.233-16 du Code de commerce —. Enfin, **le droit du travail** se contente de rechercher s'il y a domination ou pas — v. l'article L.2331-1 de Code de travail —.

¹⁷⁷⁰ Cf. Jalal EL AHDAB, *préc. cité*.

les sociétés se sont engagées¹⁷⁷¹. Mais, il arrive aussi que le groupe contraigne une société à réaliser des opérations qu'elle ne désire pas effectuer¹⁷⁷², ou que la formation ou l'exécution d'un contrat soit assumée par divers membres — dans ce cas de figure, le groupe peut se substituer à la société concernée par la formation ou l'exécution du contrat —. Ainsi, ce qu'il nous semble important de retenir, c'est que dans un groupe de sociétés, le lien de domination est présumé quasi irréfragable¹⁷⁷³ et que le comportement autonome des sociétés dominées ne saurait résulter du simple fait que la société dominée a sa propre direction ou ses propres moyens. La domination de la société mère peut être à la fois financière et opérationnelle¹⁷⁷⁴.

1179. Seulement, si l'unité économique présente un critère pragmatique reflétant fidèlement la réalité et la raison d'être¹⁷⁷⁵ des groupes de sociétés, et que le principe de l'autonomie juridique serait en fait un *prétendu principe* — tout comme le prétendu principe de l'effet relatif des contrats développé par SAVATIER¹⁷⁷⁶ —, pourquoi alors ne pas faire de cette réalité un motif sérieux de l'extension compromissaire ?

1180. La réponse à cette question se précise davantage dès lors que l'on sait que faire référence à ce qui fonde l'existence d'un groupe, s'insère sans nul doute dans une analyse de l'intention des parties. En effet, la réalité économique, comme disait M. HANNOUN, intervient comme un élément de preuve de la volonté interne des parties. Il ne serait donc pas incohérent de dire que l'unité du groupe serve à établir la volonté interne des filiales et leur représentation par la société mère¹⁷⁷⁷. Le même auteur ajoute : « *La qualité de partie au contrat est déduite de la situation de fait qui recouvre le groupe et non de la seule signature de la convention* »¹⁷⁷⁸. Ce qui signifie que la volonté de se soumettre à l'arbitrage peut être obtenue à la signature de la convention d'arbitrage, comme elle peut être déduite de la réalité économique. Par conséquent, il y a présomption d'acceptation tacite de la clause d'arbitrage par toutes les sociétés membres, dès lors qu'il y a unité du but économique pour lequel le groupe est créé¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁷¹ V. en ce sens : CA Paris, 12 nov. 1986, (*Ass. J. Cocks c./BMF et autres*).

¹⁷⁷² Cf. Rémi MARRAU, *art. préc. cité*.

¹⁷⁷³ En réalité, c'est une présomption simple, sauf qu'elle est en pratique difficile à renverser, puisque la société dominante doit prouver l'absence de l'unité économique et financière.

¹⁷⁷⁴ En ce sens, Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-19.120, *Bull. civ.* ; JCP E 2018, p. 1051, note EL MERJL, D. 2017, p. 2149.

¹⁷⁷⁵ Par exemple : limitation de risques financiers, recherche d'une position dominante pour un produit déterminé, fabrication d'un produit depuis sa conception jusqu'à sa distribution (Mathieu DE BOISSÉSON, *op. cit.* n° 604, p. 523).

¹⁷⁷⁶ V. en ce sens : René SAVATIER, « *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats* », *RTD civ.*, 1934, p. 525.

¹⁷⁷⁷ V. Charley HANNOUN, *op. cit.*, n° 344, p. 233.

¹⁷⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁷⁹ La décision Dow Chemical rendue par la Chambre de commerce international va dans ce sens puisqu'il affirme que : « *la clause compromissaire 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,*

Dans cette hypothèse, « il n'y a (...) aucune atteinte à l'autonomie juridique des filiales puisque c'est leur volonté interne qui est caractérisée »¹⁷⁸⁰.

1181. C'est d'ailleurs ce qui a été admis par la cour d'appel de Versailles dans une décision rendue le 15 septembre 2005. En l'espèce, une filiale, *ABB Solyvent Ventec*, détenue à 99 % par une société mère, *ABB SA*. Cette dernière, ayant conclu une convention d'intégration fiscale avec sa filiale, a souhaité céder une partie de ses activités. En 2001, la société *ABB AG*, sœur de la société *ABB SA*, a cédé à la société *GAM* la totalité de ses actions de la société *ABB Solyvent Ventec*, devenue *Flakt Solyvent Ventec*. Le contrat de cession contenait une clause d'arbitrage au profit d'un tribunal international de Stockholm. Se prévalant de la convention d'intégration fiscale, la société *Flakt Solyvent Ventec* a assigné la société *ABB* devant la juridiction commerciale de Nanterre pour obtenir l'indemnisation du surcoût fiscal dont son appartenance au groupe *ABB* aurait été la cause. Le tribunal de commerce se déclare incompétent et renvoie les parties devant le tribunal arbitral de Stockholm prévu dans l'acte de cession conclu entre la sœur, *ABB AG*, et la société tierce *GAM*. La société *Flakt* a formé un contredit de cette décision, soutenant que le litige ne concerne pas l'exécution de l'acte de cession auquel elle n'avait pas été signataire, mais la convention d'intégration fiscale. Elle rajoute qu'elle n'avait pas pris connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage figurant dans le contrat de cession et invoque son inopposabilité tout en rappelant que la société *ABB* détenait avant cette opération 99 % de ses titres. *ABB* a fait valoir que la demande d'indemnisation de la société *Flakt* porte nécessairement sur l'exécution du contrat de cession et se trouve donc soumise à la clause d'arbitrage applicable à cette convention, et qu'en présence d'une telle clause, il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence en priorité. La même société soutient que la clause d'arbitrage lui est opposable en raison de sa participation au contrat de cession et des droits dont celle-ci bénéficie en tant que société cible, objet du contrat de cession.

1182. La réponse de la cour d'appel était la suivante : « La clause d'arbitrage en question est opposable à la société *FSV* dès lors qu'elle appartenait au même groupe de sociétés que la société signataire et cédante ; qu'en outre, une telle clause peut être invoquée à l'encontre de toutes les parties directement impliquées dans la conclusion et l'exécution du contrat, leur situation et leurs activités faisant présumer qu'elles ont eu connaissance de son

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 en peuvent découler ».

¹⁷⁸⁰ Charley HANNOUN, *op. cit.*, n° 344, p. 233.

*existence et de sa portée bien que non-signataires du contrat la stipulant »*¹⁷⁸¹. Cependant, si la volonté des sociétés dominées est caractérisée dès lors qu'il y a unité économique, c'est-à-dire à l'existence du groupe, doit-on comprendre de ce constat que l'extension atteindra l'ensemble du groupe de sorte à voir toutes les sociétés membres attirées à l'arbitrage ? La réponse à cette question appelle un second exercice qui consiste à ajuster certains paramètres.

1183. Ajustement des paramètres. D'abord, on ne peut concerner par l'extension compromissaire que les sociétés membres ayant un rapport étroit avec la société signataire. Autrement dit, seules les sociétés impliquées dans l'opération contractuelle ayant généré le contentieux seront attirées à la procédure d'arbitrage. Ensuite, l'attraction ne doit pas être exclusivement unilatérale et hiérarchique à l'image de ce qui est admis dans les ensembles contractuels. En effet, bien que ce soit la société mère qui est le plus souvent appelée à être attirée à l'arbitrage consenti par sa filiale et inversement, cela n'empêche pas à ce qu'une société membre, autre que la société mère soit attirée à l'arbitrage, ou de l'invoquer, si l'on démontre que la société membre avait participé à la formation, à l'exécution ou à la résiliation du contrat litigieux. Enfin, si l'implication semble être une condition constante et l'élément déclencheur, il est difficile d'admettre que la société impliquée n'ait pas eu connaissance de l'existence du contrat litigieux et des clauses qui y sont insérées, à moins que ces clauses aient été insérées par référence.

1184. On peut ainsi résumer nos propos en disant que le critère de l'unité économique offre une analyse crédible et globalisante. Ce critère permet donc d'identifier la volonté des parties qui, bien qu'acquise, ne sera mobilisée pour justifier l'extension que lorsqu'il est établi une implication du non-signataire à l'opération litigieuse, elle-même permet de présumer la connaissance de ce dernier. Par conséquent, l'unité économique du groupe additionnée à l'implication crée une situation où l'extension d'arbitrage pourrait se faire de manière systématique.

1185. Ce qui nous conduit de toute évidence à nous interroger sérieusement sur la consistance des critiques qui ont été formulées à propos des décisions de l'extension à la justification desquelles la jurisprudence a fait appel à la notion de la *lex mercatoria* — manifestée par la formule : « *usages conformes aux besoins du commerce international* » —. M. LOQUIN dit à ce propos que : « *le critère de l'existence d'un groupe de sociétés permet de présumer l'accord du contractant à l'immixtion d'un tiers dans*

¹⁷⁸¹ CA Versailles, 15 sept. 2005, *Gaz. Pal.*, 2006, p. 1249.

*l'exécution du contrat. C'est pourquoi certaines des sentences et des arrêts (...) se réfèrent aux usages du commerce international. Les parties sont présumées avoir accepté que les obligations nées du contrat soient exécutées par des sociétés du même groupe non-signataires de la convention, car tel est l'usage dans le commerce international »*¹⁷⁸².

1186. Par ailleurs, si l'existence d'un groupe de sociétés uni constitue un fondement de l'extension en cas d'implication à la réalisation et à l'exécution d'un contrat, elle est également une base à travers laquelle est fondée l'extension en cas d'agissements déloyaux. En effet, et s'agissant par exemple de la transparence, M. HANNOUN disait que : « *la réception de la réalité des groupes [unité économique, financière ou sociale] est la première condition de la transparence* »¹⁷⁸³. Aussi, c'est à partir de l'existence d'un groupe de sociétés, que la jurisprudence a pu essentiellement mobiliser la théorie de la transparence, visant à sanctionner l'abus manifeste ou la fraude d'une personne, ou se référer à l'intention des parties pour justifier l'extension compromissive à l'égard d'une société, en principe, non-signataire. Ceci dit, et puisque la mauvaise foi est la source de toutes les formes de déloyauté, l'intérêt des développements à suivre sera d'apprécier le jeu de la bonne et de la mauvaise foi mobilisé par l'interprète pour évaluer la loyauté des différents protagonistes.

B. Pour une objectivation du processus d'attraction en présence d'actes déloyaux

1187. On l'a vu, l'existence d'un groupe de sociétés uni permet de dépasser la barrière relative au principe de l'autonomie juridique des sociétés et conduit par conséquent à l'attraction de la société non-signataire, et ce, dès lors que celle-ci se trouve impliquée à l'exécution ou à la formation du contrat litigieux contenant la clause d'arbitrage. Cependant, il arrive également que la barrière de l'autonomie soit dépassée en mobilisant les différentes théories sanctionnant les comportements déloyaux, et ce, en levant l'écran de la personnalité morale. En présence d'actes déloyaux, il est admis aujourd'hui que l'attraction du tiers non-signataire n'est pas décidée sur la base de la recherche des volontés comme on a pu le voir dans les hypothèses où le non-signataire s'implique à la formation, à l'exécution ou à l'anéantissement du contrat, mais elle intervient à titre de sanction, c'est ce qu'une partie de la doctrine appelle l'extension-sanction — « *sanction par la théorie de*

¹⁷⁸² Éric LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international : pratiques des affaires*, op. cit., n° 156, p. 157.

¹⁷⁸³ V. en ce sens : Charley HANNOUN, op. cit., n° 184, p. 155.

l'apparence, de la confusion, de l'ingérence de la société mère dans le fonctionnement de sa filiale »¹⁷⁸⁴ —.

1188. Au-delà du désaccord qu'il peut y avoir à propos de la théorie de l'extension-sanction¹⁷⁸⁵, rappelons que l'examen relatif à la réception des théories sanctionnant le comportement du tiers, que nous avons mis en exergue, à savoir la théorie de *l'alter ego*, qui sanctionne la confusion de mauvaise foi, et de *l'équitable estoppel*, sanctionnant la confusion de bonne foi, a décelé d'importantes lacunes. Ainsi, en matière de fraude, l'analyse de la théorie a soulevé trois critiques essentielles : le flou et l'imprécision qui entoure sa définition ; l'interprétation très subjective et aléatoire, voire arbitraire, de l'élément central qui la caractérise, à savoir l'intention frauduleuse. Enfin, en procédant à l'examen de l'intention frauduleuse, l'arbitre fait fi de la recherche du critère volontariste de l'arbitrage¹⁷⁸⁶. C'est également, peu ou prou, les mêmes critiques formulées à propos de la théorie de l'apparence, c'est-à-dire une théorie souffrant de l'imprécision et du flou que renferment sa définition et ses contours ; elle est d'application incertaine en matière d'arbitrage et dépend d'éléments — croyance légitime et bonne foi — dont l'appréciation reste très subjective, aléatoire et circonstanciée.

1189. Au demeurant, et puisque c'est de la mauvaise foi que procède toutes les formes de déloyauté, nous pensons que pour éviter la subjectivité et l'arbitraire qu'autoriserait la recherche et l'interprétation de la foi du tiers non-signataire, et éviter d'éventuelles obstructions à l'extension compromissaire, l'effort de l'interprétation de l'intention du tiers non-signataire doit conditionner non pas l'extension compromissaire, mais la sanction du comportement frauduleux. Cela veut dire que l'appréciation de la foi du tiers ne doit intervenir qu'une fois que celui-ci est devant l'arbitre, c'est-à-dire à la phase intermédiaire de l'instance arbitrale et non à la phase de l'introduction de l'instance. Son attraction serait alors fondée sur les éléments objectifs qui participent également à la caractérisation des actes déloyaux, car ils sont juridiquement plus décisifs. De cette proposition, on peut

¹⁷⁸⁴ Cf. Philippe FOUCHARD, *Interventions aux débats du colloque consacré à « l'arbitrage et les tiers »*, *Rev. arb.*, 1988, p. 494, cité par Olivier CAPRASSE, *op. cit.*, n° 487, p. 443.

¹⁷⁸⁵ V. en ce sens : la sentence, CCI n° 572, 1990, *Rec. CCI*, II, p. 400 et s., obs. DERAÏNS : « *L'extension ne doit pas intervenir au titre de sanction de comportement d'un tiers. Une telle intervention doit être réservée aux tribunaux ordinaires devant lesquels une partie pourra toujours faire valoir l'argument tiré de la levée du voile social* ». V. également dans le sens de cette considération : Ibrahim FADLALLAH, *op. cit.*, p. 130 ; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, p. 301.

¹⁷⁸⁶ Sur ce point, lorsque l'interprète procède à la recherche de l'intention frauduleuse, celui-ci se place essentiellement sur le terrain délictuel, ce qui contredit le caractère contractuel de l'arbitrage. Autrement dit, en recherchant si un contractant a subi la fraude ou pas, l'interprète ne recherche plus si la personne tierce, accusée d'un tel ou tel agissement, a voulu ou pas se soumettre à l'arbitrage.

observer que l'appréciation de la foi n'est pas écartée, mais retardée, puisque la recherche psychologique reste toute de même l'élément central et s'impose comme critère déterminant pour la qualification des actes déloyaux.

1190. Il ne fait aucun doute que le principe fondamental de la bonne foi, norme de l'ordre public interne et international et essence de la *lex mercatoria*¹⁷⁸⁷, invite à rechercher la commune intention des contractants¹⁷⁸⁸ et qu'à travers cette norme l'arbitre, dont la mission consiste à assurer le respect des deux ordres, a le pouvoir de sanctionner tout comportement contraire à la bonne foi, attitude qui doit présider les rapports entre partenaires commerciaux¹⁷⁸⁹. Autrement dit, il lui est permis d'étendre sa compétence afin qu'il puisse rechercher et sanctionner les causes ayant provoqué le litige en lien avec le contrat dans lequel est insérée la clause d'arbitrage. Sauf que pour justifier l'extension de cette compétence, il suffit au contractant, souhaitant l'attraction du tiers non-signataire, d'invoquer les éléments objectifs pour éviter tout arbitraire ou conclusions subjectives et aléatoires pouvant ainsi faire échec à l'attraction.

1191. En outre, on pourrait à l'instar de l'interprétation de la bonne foi procédurale — laquelle consiste à rechercher la volonté réelle des parties en présence d'une clause d'arbitrage pathologique afin de donner à celle-ci un effet utile et permettre aux parties de ne pas se soustraire à leurs engagements procéduraux — rechercher l'intention réelle afin de pouvoir légitimer davantage l'attraction de celui qui aura agi ou tenu un comportement se traduisant par la volonté de ne pas se conformer au devoir général d'honnêteté et de loyauté qui s'impose en permanence à chacun. Ce parallèle ne saurait fonctionner, car dans l'appréciation de la foi procédurale, l'interprétation prend appui sur un élément objectif qu'est l'existence d'un écrit pathologique pour en dégager une interprétation de la volonté des parties, alors que l'appréciation de la bonne et de la mauvaise foi repose sur l'analyse du comportement qui n'est pas toujours illicite.

1192. Par ailleurs, s'il est vrai que l'appréciation de la bonne et de la mauvaise foi autorise une appréciation souveraine et dont les conséquences peuvent être tirées

¹⁷⁸⁷ V. en ce sens : Berthold GOLDMAN, « *La lex mercatoria dans les contrats de l'arbitrage international : réalité et perspectives* », *JDI*, 1979, pp. 475 et s.

¹⁷⁸⁸ V. en ce sens : la sentence rendue le 10 juin 1955 par le Président CASSIN, *RCDIP.*, 1956, p. 279, note BATIFFOL ; *Rev. arb.*, 1956, p. 15. Cité par : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1470, p. 838.

¹⁷⁸⁹ V. en sens la célèbre sentence Vlenciana : « *La bonne foi doit présider à la négociation des contrats et à leur interprétation comme à leur exécution* » : Sentence CCI n° 5953 (1989), *JDI*, 1990, p. 1056, obs. DERAÏN.

de façon plus ou moins radicale¹⁷⁹⁰, il est aussi vrai que les différentes formes de déloyauté trouvent d'autres conditions d'application purement objectives. En effet, s'agissant de la fraude, bien que son aspect subjectif soit important et considéré comme une spécificité dont dépend la théorie, il serait dangereux de décider du caractère frauduleux d'un acte sans qu'il y ait vérification des critères qui sont purement objectifs. Ainsi, en matière de groupe de sociétés, la création d'une filiale peut être guidée par différents mobiles, certains sont condamnables, d'autres non. Ou encore, le choix de certaines formes juridiques peut paraître comme une tentative de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire, alors qu'en réalité ce sont des créations non blâmables. Finalement, la règle permettant d'apprécier le comportement condamnable d'une personne est, selon un auteur, « à la fois le critère explicatif et normatif de la notion de la fraude »¹⁷⁹¹. Toutefois, de la difficulté de prouver l'élément psychologique est née la conception objectiviste de la fraude faisant donc du but illicite de l'acte frauduleux un critère d'objectivation de l'intention frauduleuse¹⁷⁹².

1193. Quant à l'apparence, pour certains auteurs, la théorie est objective¹⁷⁹³, même si les conditions la fondant sont constituées à la fois d'éléments objectifs — manifestés par les circonstances de fait ayant conduit à la « rupture d'identité entre l'apparence et la réalité »¹⁷⁹⁴ — et subjectifs — erreur ou croyance légitime qui expriment « le désaccord entre ce qui est et ce qui est pensé »¹⁷⁹⁵, et la bonne foi, « élément subjectif de la croyance légitime »¹⁷⁹⁶, permettant de résoudre le conflit d'une situation de fait et de la situation de droit correspondante¹⁷⁹⁷ —. Par ailleurs, il est tout aussi intéressant de noter que l'exercice d'objectivation ne se restreint pas aux deux formes de déloyauté que nous venons de voir. Par exemple, en matière d'abus de droit,

¹⁷⁹⁰ Ceci est d'autant plus vrai qu'en matière de fraude par exemple, la recherche de l'intention frauduleuse, élément constitutif de la fraude, renvoie à des considérations et à des démarches moralistes - Cf. Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 988 et s., p. 816 et s. - « Le critère de la fraude renvoie à l'examen de la légitimité du comportement de l'usager du droit » - Charley HANNOUN, *op. cit.*, n° 271, p. 196 - L'analyse du mobile frauduleux par l'arbitre, ou par le juge, emporte nécessairement une part de subjectivité et d'arbitraire, ce qui pourrait conduire, lorsque le tribunal arbitral est composé de plusieurs arbitres, à d'importantes divergences pouvant naître de l'appréciation d'une même situation. De la même façon, les deux conditions fondamentales de l'apparence, qui sont la croyance légitime et la bonne foi de celui qui a cru conforme à la réalité les faits qui lui ont été présentés — c'est le cas du contractant tiers au groupe de sociétés —, peuvent également dépendre d'appréciations arbitraires ou aléatoires, et ce, en fonction de chaque circonstance de fait.

¹⁷⁹¹ Charley HANNOUN, *op. cit.*, n° 273, p. 197 et s.

¹⁷⁹² V. en ce sens : *Id.*

¹⁷⁹³ *Ibid.*, n° 292, p. 207.

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*, n° 295, p. 208.

¹⁷⁹⁵ Jacques GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse de doctorat, droit, préf. Jean BOULANGER, éd. 2^{ème}, L.G.D.J., 1971, cité par *Ibid.*, n° 294, p. 207.

¹⁷⁹⁶ Chung-Wu CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, thèse de doctorat, droit, préf. Jacques GHESTIN, L.G.D.J., 2000, n° 604 et s., cité par Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 1004, p. 833.

¹⁷⁹⁷ V. en ce sens : Charley HANNOUN, *op. cit.*, n° 295, p. 208.

M. STOFFEL-MUNK écrit dans sa thèse que « *la qualification de l'abus est essentiellement objective : le regard porté sur la clause [abusive] et non sur le contractant (...) il est seulement question de constater un déséquilibre ; rien ne fait dépendre la qualification d'une appréciation relative aux comportements du défendeur* »¹⁷⁹⁸.

1194. Ainsi, si la qualification des actes déloyaux procède à la fois d'une analyse objective et subjective, en matière d'arbitrage, et plus particulièrement lorsqu'il est question de justifier l'extension, c'est à notre sens les éléments objectifs de la qualification qui doivent être privilégiés pour éviter la subjectivité qui entoure l'interprétation de l'intention, à l'instar de la subjectivité qu'implique la recherche des volontés implicites qui sont toujours très aléatoires¹⁷⁹⁹. Face à une décision d'extension compromissive, et non de sanction au fond, il serait ainsi inutile de chercher ou d'apprécier, afin de caractériser l'élément psychologique, si le tiers au contrat en agissant de telle ou telle façon a voulu nuire au contractant ou s'il a agi contrairement au principe de la bonne foi. On se contentera donc de l'élément objectif le plus souvent rencontré, à savoir l'intervention ou l'immixtion délibérée d'une société dans la gestion ou le fonctionnement d'une autre¹⁸⁰⁰, auquel est ajoutée l'unité du groupe. Autrement dit, en présence d'actes ou de comportement déloyaux, l'extension doit être conçue à partir des critères juridiques plus décisifs¹⁸⁰¹. Ce qui est de nature, en de telles circonstances particulières, à substituer et non à remplacer la recherche de la volonté de se soumettre à l'arbitrage.

1195. Pour conclure sur les propositions de remèdes aux fragilités frappant la règle de l'attraction, traitées de manière générale à travers le cadre des groupements de contrats ou de sociétés, il convient simplement d'observer que certains critères qui ont été considérés par la jurisprudence comme étant confortatifs de la décision de l'extension – éléments revêtant un caractère accessoire venant s'ajouter et non concurrencer les éléments centraux —, pourraient être parfaitement retenus pour asseoir de manière décisive l'attraction du tiers non-signataire de la convention d'arbitrage, à condition de se conformer aux ajustements que nous avons posés. Ainsi, en matière de groupe de contrats, et précisément en présence d'un ensemble de contrats interdépendants et indissociables, le recours à l'indivisibilité contractuelle devrait constituer un élément suffisamment sérieux — fondement d'une compétence

¹⁷⁹⁸ Philippe STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 381, p. 317.

¹⁷⁹⁹ V. en ce sens : Bruno OPPETIT, « *Intervention aux débats du colloque consacré à l'arbitrage et les tiers* », *Rev. arb.*, 1988, p. 495 ; cité par Olivier CAPRASSE, *op. cit.*, n° 487, p. 443.

¹⁸⁰⁰ Daniel COHEN, *Arbitrage et société*, *op. cit.*, n° 564, p. 295.

¹⁸⁰¹ V. en ce sens : *Id.*

globale — capable de justifier l'extension de la convention d'arbitrage que l'extension soit *rationae materiae* lorsque l'ensemble est constitué de parties identiques, ou *rationae personae* lorsqu'il y a pluralité de parties. Ensuite, en matière de groupe de sociétés, nous avons proposé que l'existence d'un groupe de sociétés uni puisse suffire à motiver l'extension, à condition que la société que l'on souhaite attirer se trouve impliquée à la réalisation ou à l'exécution du contrat litigieux ou qu'elle démontre d'un comportement déloyal. Sur ce dernier point, enfin, on a proposé de retarder l'analyse de l'intention du tiers non-signataire, pour éviter la subjectivité qui peut être une barrière à l'attraction, et de se contenter des éléments tels que son implication ou son appartenance au groupe de sociétés pour justifier son attraction. L'analyse de l'intention doit conditionner la sanction au fond de l'acte déloyal et non la justification de l'extension compromissaire.

1196. En définitive, ce ne sont pas là les seules propositions de solutions capables de donner à la règle de l'attraction, et donc à l'opposabilité, unité et force. D'autres solutions peuvent aussi être proposées, mais elles auront la mission d'ouvrir la règle de l'attraction à des situations où l'on a décidé que la règle de l'extension ne pouvait jouer. C'est ce que nous verrons dans les développements à venir.

§3 La reconsidération de certains cas d'inopposabilité de la convention d'arbitrage

1197. Deux cas d'inopposabilité seront ici reconsidérés : il s'agit du cas de la caution et du garant autonome (A) et celui du tiers impécunieux (B).

A. La possible attraction de la caution et du garant à première demande

1198. Nous avons examiné, lorsqu'il était question des formes d'inopposabilité, le cas de la caution et du garant à première demande. Nous avons dit en effet que la caution ne peut ni invoquer la clause compromissaire ni subir ses effets. Les explications qui ont été avancées ont été diverses : effet relatif¹⁸⁰² ; primauté du

¹⁸⁰² La relativité semble être le motif le plus sérieux et celui qui fonde en grande partie la solution de l'inopposabilité de la clause d'arbitrage à l'égard de la caution et du garant autonome. Ce principe semble se

caractère conventionnel de l'arbitrage sur le caractère accessoire du cautionnement¹⁸⁰³ ; indisponibilité des conditions exigées pour pouvoir étendre les effets d'une clause compromissoire contenue dans un contrat principal à une caution¹⁸⁰⁴ ; l'exclusion de la clause compromissoire des exceptions inhérentes à la dette que la caution peut opposer au créancier¹⁸⁰⁵. Ce sont également peu ou prou les mêmes justifications qui ont été avancées à propos du refus de l'extension, positive ou négative, de la convention d'arbitrage à l'égard du garant autonome. En effet, en raison de l'autonomie de l'engagement du garant par rapport au contrat principal, la jurisprudence de la Cour de cassation en a logiquement déduit un principe d'inopposabilité des exceptions et cette inopposabilité s'applique également à la convention d'arbitrage¹⁸⁰⁶.

1199. Cela étant, nous avons fait remarquer que la solution de l'inopposabilité est fortement discutée en doctrine. Nous avons esquissé l'idée qu'il était possible de voir ces arguments, proprement juridiques, évoluer vers une position où il serait possible d'autoriser le détenteur de la sûreté, et ce pour des considérations pratiques, d'appeler devant l'arbitrage la caution ou le garant, ou de permettre à ces derniers d'invoquer la clause à l'égard du créancier et du débiteur. Ainsi, l'on se pose la question suivante : quelles seraient les justifications capables de soutenir l'idée d'une autorisation de l'extension compromissoire à l'égard de la caution et du garant, quoique tiers au contrat principal et non-signataires de la clause d'arbitrage ? Trois sources de justification pouvant conduire à fonder une telle solution : une source de justification basée sur le droit des sûretés ; sur le droit de l'arbitrage et sur le principe de la bonne administration de la justice. Mais pour arriver à justifier l'opposabilité de la convention d'arbitrage par les parties à l'égard de la caution, qui semble être un exercice difficile, nous commencerons par explorer les arguments qui devraient aller dans le sens d'une opposabilité de la convention d'arbitrage par la caution à l'égard des parties.

confirmer davantage notamment au regard de l'alinéa 1 de l'article 2061 du Code civil qui dispose que la clause d'arbitrage doit être acceptée par la partie à laquelle on l'oppose.

¹⁸⁰³ M. El Ahdab disait à ce propos que : « C'est le principe consensuel et volontaire de l'arbitrage, selon lequel personne ne saurait adhérer ou être forcé d'adhérer à un arbitrage s'il n'y a pas préalablement consenti au moyen d'une convention d'arbitrage, qui prévaut sur les principes traditionnels du droit du cautionnement, inhérents à son caractère accessoire et qui veulent que la caution puisse opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal », in, Jalal EL AHDAB, *op. cit.*, n° 655, p. 577.

¹⁸⁰⁴ V. sur ce point en particulier, Éric LOQUIN, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.*, 1994, p. 235, spéc. p. 240.

¹⁸⁰⁵ Plusieurs auteurs excluent la possibilité que la clause d'arbitrage fasse partie des exceptions inhérentes à la dette. V. par exemple : Éric LOQUIN, *op. cit.*, p. 246 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, éd. 9^{ème}, Cujas, 2000, n° 138. Cécile LEGROS, *L'arbitrage et les relations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, n° 42 et s. et n° 393.

¹⁸⁰⁶ Cass. com., 20 déc. 1982, *Rev. arb.*, 1984, p. 477, note MOREAU. V. également CA Paris, 14 déc. 1987, *Rev. arb.*, 1989, p. 240, note VASSEUR.

1200. À l'égard donc du droit des sûretés, celui-ci autorise la caution à opposer au créancier et au débiteur les exceptions qui sont aujourd'hui visibles à l'article 2298 du Code civil¹⁸⁰⁷. Effectivement, nous avons eu l'occasion d'évoquer que le réformateur de 2021 a pu délaissier la prohibition de l'ancien article 2313 du Code civil, c'est-à-dire celle qui excluait l'opposabilité par la caution des exceptions personnelles au débiteur¹⁸⁰⁸. Désormais, la caution peut opposer toutes les exceptions, que celles-ci soient inhérentes à la dette ou attachées à la personne du débiteur. Mais les nouvelles dispositions ne peuvent être avancées que si l'on considère la clause d'arbitrage comme une exception faisant partie de la catégorie des exceptions inhérentes à la dette¹⁸⁰⁹, ou à celle relative aux exceptions liées à la personne du débiteur. Or, il est majoritairement admis que la clause d'arbitrage n'est pas une exception purement personnelle¹⁸¹⁰, car elle n'est pas conclue *intuitu personae*¹⁸¹¹, et sa catégorisation parmi les exceptions inhérentes à la dette est controversée¹⁸¹². En revanche, elle est une exception de procédure, qui est « *relativement à l'existence du droit substantiel cautionné est neutre* »¹⁸¹³. Effectivement, la clause d'arbitrage n'opère aucun changement sur le droit substantiel du débiteur et du créancier, et encore moins sur celui de la caution. Ainsi, les justifications qui seraient tirées de l'article 2298 du Code civil n'auront de sens que si l'on opère un renouveau dans la catégorie des exceptions inhérentes à la dette.

1201. De fait, bien que la clause d'arbitrage soit une exception de procédure, ne serait-il pas opportun d'introduire cette exception parmi celles inhérentes à la dette, puisque l'existence de la clause d'arbitrage dans le contrat principal relève en principe des termes qui sont liés à l'obligation principale et dont l'objectif est d'organiser la résolution des éventuels litiges susceptibles de naître relativement à cette obligation ? La caution poursuivie par le créancier pourrait ainsi se prévaloir des dispositions de l'article 2298 du Code civil, et opposer à ce dernier l'exception de procédure. Par ailleurs, ce renouvellement dans les catégories des exceptions

¹⁸⁰⁷ « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293 ».

¹⁸⁰⁸ « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ».

¹⁸⁰⁹ Certains auteurs acceptent de catégoriser la clause d'arbitrage parmi les exceptions inhérentes à la dette. V. par exemple : Daniel COHEN, *op. cit.*, n° 519, p. 273 ; Rana CHAABAN, « Clause d'arbitrage et cautionnement », *op. cit.*, p. 745 et s ; Philippe FOUCHARD, *note sous Cass. com.*, 22 nov. 1977, *Rev. arb.*, 1978, p. 463.

¹⁸¹⁰ Jean-Baptiste RACINE, « Arbitrage et cautionnement en droit français », *CAPJIA*, 2010, n° 18.

¹⁸¹¹ Xiao-Ying LI, *op. cit.*, n° 89 et s., p. 69.

¹⁸¹² Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 18.

¹⁸¹³ Éric LOQUIN, *op. cit.*, n° 23, p. 246. V. aussi : Cécile LEGROS, *op. cit.*, n° 392 et s. p. 391 et s.

inhérentes à la dette devrait, au surplus, conférer à la clause d'arbitrage une efficacité maximale¹⁸¹⁴.

1202. En admettant que le renouvellement n'aboutisse pas, il est alors possible de partir de la neutralité, qui caractérise la clause d'arbitrage, pour lui donner une portée processuelle plus large. Ainsi, il est possible de justifier l'invocation de la clause d'arbitrage par la caution contre le créancier ou le débiteur en avançant la neutralité de la clause d'arbitrage. Étant donné que la clause d'arbitrage n'a aucune influence sur la substance du droit cautionné, il va donc de soi que la caution invoque ou pas la clause d'arbitrage, elle n'échappera pas à son obligation de payer la dette, et ce, quel que soit l'*imperium* en face. Aussi, si les contractants décident malgré tout d'ouvrir deux procédures parallèles relatives à un même contentieux, le principe de la bonne administration de la justice imposerait aux contractants de concentrer leur litige et de le porter devant une seule juridiction, mais puisque les parties avaient déjà choisi l'arbitrage comme juridiction alternative à la juridiction étatique pour la résolution des éventuels litiges à naître du contrat principal, la demande de l'attraction de la caution à l'arbitrage devrait en principe être reçue sans difficulté et serait donc justifiée. Aussitôt surgit l'interrogation suivante : s'il est donné la faculté à la caution d'invoquer la clause d'arbitrage contre le créancier ou le débiteur principal, pourquoi n'est-il pas possible, *a contrario*, pour ces derniers d'invoquer la clause contre la caution ? Nous pensons qu'empêcher les parties d'invoquer l'arbitrage contre la caution, alors que cette dernière est autorisée à le faire, est certainement une source d'inégalité. Ainsi, la solution de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage par les parties à la caution est sujette à évolution, et cela, en s'appuyant sur deux éléments essentiels.

1203. D'abord, bien que l'argument de l'accessoriété n'ait pas pu emporter l'adhésion de la doctrine pour justifier l'attraction, le lien juridique et économique étroit qu'entretient le contrat de cautionnement avec le contrat principal doit en principe conduire à considérer la caution comme liée par la clause d'arbitrage insérée dans le contrat principal, et cela, en faisant le parallèle avec les solutions admises en présence des groupes de contrats et autres ensembles contractuels, car il est possible de considérer que le contrat principal et le contrat de cautionnement forment un groupe de contrats. En effet, il faut peut-être se rapprocher des solutions qui ont été admises à propos de l'extension *rationae personae* de la clause d'arbitrage au sein des

¹⁸¹⁴ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 19.

ensembles contractuels, retenant l'extension des effets de la clause d'arbitrage aux personnes directement impliquées dans la formation, l'exécution ou l'anéantissement du contrat principal, pour décider l'extension à l'égard de la caution.

1204. Il est vrai que la doctrine a formulé au sujet de ce parallélisme diverses critiques. D'abord, elle a avancé que le caractère accessoire du cautionnement ne remet pas en cause la qualité de tiers de la caution par rapport au contrat principal¹⁸¹⁵. Ensuite, elle a affirmé que le contrat de cautionnement ne peut être considéré comme accessoire que pour sa fonction de garantie de la dette principale. Autrement dit, au-delà de cette fonction, le contrat de cautionnement doit être regardé comme un contrat distinct du contrat principal¹⁸¹⁶. Ce qui signifie que la caution peut avancer à tout moment le principe de l'effet relatif des conventions, pour ainsi faire échec à toute tentative d'extension. Par ailleurs, et s'agissant de l'effet relatif, si le législateur a pu excepter à la relativité le principe de l'opposabilité des exceptions, qui permet à la caution d'invoquer toutes sortes d'exceptions, y compris la clause d'arbitrage — exception de procédure désormais rangée parmi les exceptions inhérentes à la dette —, il faut peut-être, de la même façon, excepter au principe de l'effet relatif la situation de la caution qui serait impliquée à la réalisation au contrat principal, qui ne fait en réalité aucun doute, car l'octroi du crédit suppose et se conditionne parfois par la disponibilité d'une garantie. La caution peut-être également impliquée dans l'exécution du contrat principal¹⁸¹⁷. Ainsi, si l'on admet l'application des solutions qui sont aujourd'hui entérinées par la jurisprudence en matière de groupes de contrats, les effets de la clause compromissoire seront étendus à la caution qui se trouve directement impliquée dans la formation ou l'exécution du contrat, et ce, dès lors que sa situation ou son activité fait présumer qu'elle avait connaissance de l'existence et de la portée de cette clause.

1205. Là encore, on peut reprocher à cette solution le parallèle qui est fait avec les groupes de contrats, dans la mesure où il est considéré que le contrat de cautionnement et le contrat principal forment un groupement de contrats. Or, ce parallélisme a été sévèrement contesté par M. GRIMALDI¹⁸¹⁸ dont on ne partage pas la

¹⁸¹⁵ V. notamment : Éric LOQUIN, *op. cit.*, p. 240.

¹⁸¹⁶ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 7 : « Le contrat de cautionnement ne peut réellement être considéré comme accessoire que pour sa fonction de garantie de la dette principale. Pour tout ce qui ne relève pas de cette fonction, le contrat doit être regardé comme clairement distinct ».

¹⁸¹⁷ Sur l'implication de la caution à l'exécution du contrat principal, v. en ce sens : Christian LARROUMET, pour qui : « Le cautionnement pourrait fort bien constituer une autre application du principe consacré en jurisprudence, la caution, en raison de son obligation de garantie, étant impliquée dans l'exécution du contrat dans lequel a été stipulée la clause compromissoire ». Cité par *Ibid.*, n° 12.

¹⁸¹⁸ Cf. Damien GRIMALDI, *op. cit.*, n° 380, p. 419.

critique. Aussi, il peut être reproché à la solution proposée, l'absence de décisions jurisprudentielles pouvant la conforter. Cependant, la doctrine a fait le rapprochement avec une décision qui fut rendue à propos d'une clause d'élection de for, mais qui a autorisé les parties signataires de la clause à l'opposer à la caution¹⁸¹⁹. Enfin, si c'est à partir de la recherche du critère volontariste, même implicite, que la jurisprudence essaye de fonder sa décision de l'attraction, les éléments objectifs manifestés par l'implication de la caution, notamment pour rendre disponible l'obligation principale, peuvent induire cette volonté. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant qu'il faut aller dans le sens d'une automatisation de l'extension chaque fois qu'il y a présence du cautionnement. La raison est que la volonté de la caution de se soumettre à l'arbitrage doit être recherchée systématiquement, car les éléments à partir desquels elle est déduite ne se présentent pas toujours de la même façon et ne sont pas constants.

1206. Ainsi, la caution qui peut être introduite devant une seule juridiction, et de préférence devant l'arbitrage qui a été choisi par le débiteur principal et le créancier, paraît conforme à la bonne administration de la justice. Toutefois, si la caution est demandée à être atraite avant la constitution du tribunal arbitral, elle pourrait alors participer à la composition de ce tribunal. Mais si la caution est demandée à participer après la composition du tribunal arbitral, cette attraction peut être obstruée par le principe de l'égalité dans la constitution du tribunal arbitral, à moins que l'organisation du tribunal ait été laissée au soin de l'institution de l'arbitrage, ou au juge d'appui, dans ce cas la nomination d'un nouveau membre ne fait pas de difficulté. Dans le cas contraire, une procédure parallèle devra avoir lieu, laquelle sera par la suite jointe à l'instance engagée initialement¹⁸²⁰.

1207. Sur le garant à première demande, il est également admis qu'à l'égard de ce dernier la clause d'arbitrage, contenue dans le contrat principal, ne peut lui être étendue. C'est le principe de l'autonomie du contrat de garantie par rapport au contrat principal qui est en cause selon la jurisprudence, laquelle est constante à ce sujet¹⁸²¹. Néanmoins, cela ne doit pas nous empêcher de nous interroger sur la pérennité de cette solution et sur la possible évolution de cette interdiction. En effet,

¹⁸¹⁹ Cass. soc., 14 janv. 1976, *Bull. V*, n° 25 ; *JDI* 1977, p. 495, note LYON-CAEN.

¹⁸²⁰ V. en ce sens : Pierre LEVEL, « La jonction de procédures, intervention de tiers et demandes additionnelle et reconventionnelle », *Bull.CCI*, vol. 7, n° 2, déc. 1996, p. 36. Cité par Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 26.

¹⁸²¹ Cass. com., 20 déc. 1982, *Rev. arb.*, 1984, p. 477, note MOREAU ; CA Paris, 14 déc. 1987, *Rev. arb.*, 1989, p. 240, note VASSEUR ; v. également Bernard CHAMBREUIL, « Arbitrage international et garanties bancaires », *Rev. arb.*, 1991, p. 33 ; Stéphane PIEDELIÈVRE, « Garantie à première demande », *Rép. Com. Dalloz*, 2008, n° 20. Cité par Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 9 et Christophe SIRAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 204, p. 251.

et de la même manière que le cautionnement, qui est censé former avec le contrat principal un groupe de contrats, il est possible de transposer la solution de l'extension *rationae personae* de la portée de la convention d'arbitrage, selon les conditions développées dans le cadre des groupes de contrats et autres ensembles contractuels liants une pluralité de personnes. Effectivement, en cas d'implication du garant dans la réalisation ou dans l'exécution du contrat principal et au regard de sa connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage, il serait alors aisé de faire exception au principe de l'effet relatif, et peut-être conclure à l'extension compromissoire.

1208. En somme et au regard de tout ce qui a précédé, il est possible de trouver un terrain d'entente où arbitrage et sûretés feraient bon ménage. En effet, les difficultés qui pourraient se dresser ou faire barrière à l'extension compromissoire, positive ou négative, à l'égard de la caution et du garant autonome, sont en réalité surmontables. Si l'interdiction est motivée par le principe de l'effet relatif, on a vu que ce principe est, et pas seulement dans le cas du cautionnement ou de garantie autonome, abondé d'exceptions. Aussi, si l'interdiction vient du fait que la justice arbitrale est une justice conventionnelle nécessitant un accord de volonté de celui que l'on souhaite attirer, il a été démontré et accepté par la jurisprudence que cette volonté peut être implicite, déduite de l'implication et de la connaissance du non-signataire. De l'autre côté, si l'attraction est autorisée, l'on aura ainsi permis au contentieux de se réunir devant une seule et unique juridiction, et qu'à travers cette réunion on aura également donné à l'arbitrage et à la clause une plus grande efficacité, car il semble que c'est dans ce cadre qu'il y a une véritable zone de résistance à l'efficacité de l'arbitrage. Toutefois, ce n'est pas le seul cas d'inopposabilité qui est à reconsidérer. En effet, l'opposabilité qui se trouve paralysée en présence d'un tiers impécunieux peut être également résolue en proposant à ce tiers l'aide juridictionnelle d'État. C'est ce que nous verrons dans l'analyse qui va suivre.

B. Proposition de solution pour le tiers impécunieux : la mutualisation des frais liés à l'arbitrage

1209. Nous avons relevé plus haut¹⁸²² que l'impécuniosité d'une partie à l'instance, et en l'occurrence celle du tiers qui devient une partie à l'instance dès lors que son attraction est confirmée, ne peut constituer un motif dont on en déduirait l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, et ne peut donc constituer un motif d'inopposabilité de la convention d'arbitrage, mais bien une cause de sa paralysie. La position de la jurisprudence est sur ce point constante¹⁸²³. Cependant, dans la volonté de lever ce dysfonctionnement momentané de l'arbitrage et son rayonnement à l'égard des tiers impécunieux, nous avons émis quelques propositions de solutions, dont la plus notoire consistait à diriger le tiers impécunieux vers des financeurs externes qui seraient en capacité de prendre en charge une partie ou la totalité des droits et frais liés à la procédure¹⁸²⁴. Nous avons conclu nos propos en disant que toutes les solutions proposées étaient aléatoires et incertaines¹⁸²⁵, laissant ainsi la question de l'accès de l'impécunieux à la justice arbitrale en suspens.

1210. Cependant, il nous semble que la solution s'appuyant sur la mutualisation non pas des risques, mais des frais¹⁸²⁶, est la plus encline à pallier la problématique de l'impécuniosité. L'idée de mutualisation peut intervenir à deux niveaux. En autorisant, en matière d'arbitrage interne, l'extension de l'aide juridictionnelle d'État aux procès arbitraux. À l'échelle internationale, il est possible de penser à la généralisation des fonds de soutien aux parties impécunieuses, à l'instar de ce qui se fait aujourd'hui dans certaines institutions d'arbitrage¹⁸²⁷. Cela dit, bien que l'idée d'une extension de l'aide juridictionnelle ne soit pas encore expérimentée en matière d'arbitrage, on connaît toutefois son fonctionnement et surtout son importance pour les justiciables en matière civile et pénale. En effet, l'aide juridictionnelle est la contribution financière allouée par l'État aux justiciables, personnes physiques ou morales, dont les ressources sont modestes afin qu'ils puissent faire valoir leurs droits en justice et couvrir les dépenses et frais liés à l'intervention des avocats et autres auxiliaires de justice.

1211. Ainsi, en l'absence de solutions alternatives et sérieuses capables de résorber la problématique de l'impécuniosité, hormis bien évidemment la solution qui incite le tiers impécunieux à recourir à un tiers financeur — proposition qui reste valable, mais présente un bien moindre intérêt pour le financeur, car ce qui anime ce

¹⁸²² V. *supra*. n° 959 et s.

¹⁸²³ V. *supra*. n° 963 et s.

¹⁸²⁴ V. *supra*. n° 965 et s. ; V. également : *supra*. n° 663 et s.

¹⁸²⁵ V. *supra*. n° 966.

¹⁸²⁶ Cf., Thomas CLAY, « Arbitrage et impécuniosité », *op. cit.*, n° 42, p. 268.

¹⁸²⁷ Cf., *Id.*

dernier est la recherche du profit. Or, profit et impécuniosité sont deux termes inconciliables —, est-il possible d'envisager la solution de mutualisation des frais, et faire donc appel à la collectivité et à la solidarité des contribuables, afin de permettre aux parties ayant choisi la résolution de leurs différends devant les tribunaux arbitraux, de bénéficier de l'aide juridictionnelle au même titre que les autres justiciables ? Autrement dit, entre la nécessité de ne pas neutraliser l'applicabilité de la convention d'arbitrage en raison de l'éventuelle impécuniosité du tiers — la volonté de ne pas éliminer la force obligatoire et son rayonnement qui émanent de la volonté commune des parties¹⁸²⁸ — et l'incertitude des moyens et solutions pouvant résorber cette difficulté — moyens proposés pour garantir l'accès à la justice et éviter le déni de justice —, l'aide juridictionnelle ne paraît-elle pas répondre aux attentes des protagonistes au procès arbitral ? Pour répondre à cette question, il est important d'expliquer dans un premier temps pourquoi une telle solution n'est toujours pas d'application en matière d'arbitrage.

1212. Il faut comprendre que l'aide juridictionnelle arrive tant bien que mal à assurer aux justiciables l'accès à la justice étatique, et cela, à raison des réductions continues des dépenses et des ressources allouées à la justice. Dans un rapport publié en 2018¹⁸²⁹, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice estime que le budget français réservé pour l'aide juridictionnelle est de 5,06 euros par habitant, alors que la moyenne européenne est de 6,5 euros. S'ajoute à cela, le fait que l'aide ne peut s'étendre à l'arbitrage international, car il serait difficilement acceptable pour le contribuable d'allouer l'aide juridique, qui exprime donc la solidarité nationale, à des acteurs du commerce international¹⁸³⁰. Supposons même qu'on réserve l'application de cette aide à l'arbitrage interne, la pratique démontre qu'une très grande partie des aides juridiques allouées sont en réalité destinées à prendre en charge les frais des procès pénaux et civils, mais très rarement ceux de nature commerciale¹⁸³¹.

1213. On peut se demander si l'on peut étendre réellement l'application de l'aide juridictionnelle en matière d'arbitrage. De solides arguments peuvent venir soutenir la solution de l'extension de l'aide juridictionnelle à l'arbitrage interne. D'abord, il est important de rappeler que l'arbitrage est une justice qui se démocratise de plus en

¹⁸²⁸ Emmanuel GAILLARD, « *Impecuniosity of parties and its effect on arbitration – A french view* », in, *financial capacity of the parties, A condition of validity of arbitration agreement?* », *op. cit.*, p.85.

¹⁸²⁹ Rapport sur les systèmes judiciaires européens, efficacité et qualité de la justice, présenté par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), 2018.

¹⁸³⁰ Guy CANIVET, Dominique HASHER, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers : « La gestion du procès, l'incidence sur la politique judiciaire des États »*, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 278 ; cité par Khalil MECHANTAF, *Financement de l'arbitrage par un tiers...*, *op. cit.*, n° 307, p. 131.

¹⁸³¹ Cf., Khalil MECHANTAF, *op. cit.*, n° 307, p. 131.

plus et devient un mode habituel de résolution de conflits. Sa démocratisation et sa normalisation parmi les acteurs du commerce national devraient attirer l'attention du législateur sur les lacunes qu'il rencontre, notamment en ce qui concerne la question de l'impécuniosité, en opérant des réformes. Ensuite, bien que ce soit une juridiction privée alternative à la justice étatique, l'arbitrage s'est approprié le pouvoir juridictionnel en rejetant l'idée de la délégation de la souveraineté de juger, qui serait détenue exclusivement par le juge étatique¹⁸³². Ainsi, si l'on reconnaît à l'arbitre le pouvoir et l'habilitation de prononcer une décision mettant fin à un litige, et cela, conformément aux règles de droit, ou conformément aux dispositions conventionnelles qui confient à l'arbitre la mission de statuer comme amiable compositeur, le pouvoir en question relèverait sans nul doute du pouvoir juridictionnel comparable à celui du juge étatique¹⁸³³.

1214. Enfin, selon M. CLAY, « *il n'y a pas d'opposition de principe à ce que l'aide juridictionnelle d'État soit combinée aux modes alternatifs de règlement de conflits* »¹⁸³⁴. En témoigne d'ailleurs l'article 1^{er} de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, modifiant la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, qui prévoit l'extension de l'aide juridictionnelle aux pourparlers transactionnels. Toujours pour le même auteur, si les modes alternatifs de résolution de conflits (MARC) ont la faveur des pouvoirs publics, puisqu'ils participent au désengorgement des tribunaux et dont certains se combinent avec l'aide juridictionnelle, cette tendance qui préconise moins de justice judiciaire et plus de justice alternative trouverait son prolongement naturel dans l'extension de l'aide juridique à l'arbitrage¹⁸³⁵. En outre, il est théoriquement anormal que l'impécunieux bénéficie de l'aide juridique lorsqu'il est devant les tribunaux étatiques, mais qu'on la lui refuse lorsqu'il est devant la justice privée, ou qu'il ne bénéficie pas de cette aide lorsqu'il est devant le tribunal arbitral, alors qu'il peut l'obtenir en cas de recours devant la cour d'appel ou en cas de pourvoi en cassation. Il peut même, au surplus, la demander lorsqu'il est devant la cour supérieure

¹⁸³² V. en ce sens : Magali BOUCARON-NARDETTO, *op. cit.*, n° 377, p. 315.

¹⁸³³ Bien qu'il ne s'agisse là que d'une parcelle de l'*imperium*, à savoir l'*imperium mixtum* et non l'*imperium merum* ou *summum*. En effet, selon M. Chekroun : « *l'imperium de l'arbitre est l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens coercitifs exercés par les organes des États* ». in, David CHEKROUN, *L'imperium de l'arbitre*, thèse de doctorat, droit, préf. Emmanuel JEULAND, Lille, 2009, p.135.

¹⁸³⁴ Thomas CLAY, *op. cit.*, n° 42, p. 269.

¹⁸³⁵ V. en ce sens : *Id.*

d'arbitrage, si son recours est formé contre une violation de la loi par la sentence arbitrale¹⁸³⁶.

1215. On l'a bien compris, l'aide juridictionnelle ne pourrait être proposée pour l'extension à l'arbitrage qu'en matière interne, c'est-à-dire lorsque les parties au procès sont nationales, car les esprits ne sont pas mûrs pour faire prendre en charge les frais générés de l'arbitrage par la collectivité¹⁸³⁷, encore moins lorsque l'aide est sollicitée par des opérateurs impécunieux du commerce international. Cependant, il est tout à fait possible de proposer l'extension de l'aide juridictionnelle française aux procès arbitraux qui sont ouverts dans un pays de l'Union européenne. En effet, depuis 2003, les dispositions de la directive européenne n° 2003/8/CE du 27 janvier 2003 permettent aux justiciables de l'Union européenne, à l'exception des citoyens danois dont le gouvernement n'a pas adopté la directive, de demander l'aide juridictionnelle de leur pays. L'extension de l'aide à l'arbitrage est d'autant plus plausible, puisque la 11^{ème} considération de la directive dispose que l'aide juridictionnelle française peut être sollicitée pour couvrir les dépenses relatives « *aux conseils précontentieux afin de parvenir à un règlement amiable avant d'engager une procédure judiciaire, une assistance juridique pour saisir un tribunal et une représentation en justice ainsi que la prise en charge ou l'exonération des frais de justice* ».

1216. Si le procès n'est pas ouvert sur le territoire national ni intracommunautaire, quelle solution proposer alors aux opérateurs impécunieux du commerce international ? Toujours dans l'idée de la mutualisation, M. CLAY propose la solution, que nous partageons, qui consiste à généraliser les fonds de soutien pour les parties impécunieuses auprès des organismes internationaux, comme il en existe pour la Cour permanente d'arbitrage de La Haye (CPA) ou le tribunal arbitral du sport (TAS). Ces fonds, qui existeront dans chaque centre d'arbitrage, seront financés par la mise en réserve des quotes-parts des frais et honoraires versés par tout arbitrage administré par ces centres. Ainsi, en cas d'impécuniosité d'une partie au

¹⁸³⁶ En effet, l'article 12 du Décret n° 2020-1717 du 28 décembre 2020 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et relatif à l'aide juridictionnelle et à l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles dispose que : « *La liste des bureaux d'aide juridictionnelle établis au siège des tribunaux judiciaires et, le cas échéant, des tribunaux administratifs, ainsi que le ressort de compétence de chaque bureau, sont fixés par décret. Des bureaux d'aide juridictionnelle distincts sont établis, respectivement, près le Conseil d'État, près la Cour de cassation et près la Cour nationale du droit d'asile. Chacun de ces bureaux est compétent pour statuer sur les demandes d'aide juridictionnelle présentées à l'appui des recours portés devant la juridiction près laquelle il est établi. Le bureau établi près le Conseil d'État est également compétent pour les affaires portées devant le Tribunal des conflits et la Cour supérieure d'arbitrage (...)* »

¹⁸³⁷ Thomas CLAY, « Arbitrage et impécuniosité », *op. cit.*, n° 42, p. 269.

procès, celle-ci pourrait demander la prise en charge d'une partie ou de la totalité des frais liés à la procédure.¹⁸³⁸

1217. Pour terminer, bien que la solution de l'aide juridictionnelle soit limitée à certains procès et que les fonds de soutien n'existent que dans certaines institutions d'arbitrage, la proposition d'étendre l'aide juridictionnelle d'État aux procès arbitraux ouverts en interne ou dans un pays de l'Union européenne, ou celle qui consiste à généraliser les fonds de soutien pour tous les centres d'arbitrage semblent être, à notre sens, des solutions cohérentes et efficaces, puisqu'on connaît déjà les mécanismes d'application de l'aide et surtout l'utilité de celle-ci pour les justiciables disposant de faibles moyens financiers. Il est certain que la concrétisation de ces propositions dépendra de la volonté du législateur, car les raisons du rejet aujourd'hui ne sont pas tant juridiques ou pratiques, mais bien politiques.

Conclusion de la section I

1218. Si l'on revient à la proposition de la présente étude, qui consiste à faire une relecture des fondements juridiques et objectifs de la règle de l'attraction, un certain nombre de conclusions s'imposent : d'abord, et partant de l'analyse des justifications de la règle de l'attraction, nous avons constaté que la règle de l'attraction nécessitait une certaine cohérence et un travail d'uniformisation, c'est-à-dire un abandon du cloisonnement des droits interne et international. En effet, il a fallu agir sur trois points essentiels : le premier consiste à rendre uniformes les règles ouvrant la voie à l'attraction, c'est-à-dire les règles qui permettent la validité de l'acte juridique contenant la convention d'arbitrage : première étape importante pour décider de l'extension des effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers. Ainsi, parmi les solutions proposées dont une grande partie concerne l'arbitrage interne, puisque moins libéral que l'arbitrage international, nous avons suggéré la solution d'évincer le formalisme lié à la convention d'arbitrage en matière interne. Ensuite, il a fallu revoir les restrictions liées au contenu et à l'interprétation de la portée de la convention d'arbitrage. Sur ce dernier point, nous avons fait la proposition de revoir les dispositions de l'article 1444 du CPC qui s'intéressent aux mentions qui doivent figurer dans une convention d'arbitrage — la désignation d'un ou des arbitres, ou de

¹⁸³⁸ *Ibid.*, n° 43, p. 269.

prévoir les modalités de leur désignation —, mais également de revoir la manière dont on interprète, très restrictivement, la portée de la convention d'arbitrage. Nous pensons donc qu'une interprétation souple du domaine et des effets directs et indirects opérés par l'objet de la convention d'arbitrage pourrait participer à sa libéralisation. Enfin, d'autres solutions ont été également proposées, à savoir l'ouverture et l'élargissement de l'arbitrabilité objective et subjective en matière interne. Ainsi, les propositions libérales qui consistent à abroger l'alinéa 2 de l'article 2061 du Code civil ; à ouvrir l'arbitrabilité objective à d'autres domaines, notamment le droit du travail, ou encore à étendre l'arbitrabilité subjective à toute personne publique impliquée dans l'opération économique, participent sans nul doute à l'ouverture et à l'élargissement du champ de l'arbitrabilité, ce qui agrandit et élargit, *in fine*, le champ des sujets pouvant subir le rayonnement compromissaire.

1219. Le deuxième point pour lequel il fallait opérer une relecture concerne les règles conditionnant l'attraction. En effet, il était nécessaire de revenir sur certains critères tels que le critère volontariste et les incertitudes qui l'entourent, afin de proposer une nouvelle approche permettant de rechercher la volonté des tiers. Ensuite, et puisque souvent cette recherche s'opère dans le cadre de groupe de contrats ou de sociétés, il a fallu également proposer un cadre pertinent pour chacun des groupements et, puisqu'ils se produisent souvent dans le cadre de ces groupements, une objectivation du processus d'attraction en présence d'actes déloyaux.

1220. Sur le troisième point, nous avons fait la proposition de reconsidérer certains cas d'inopposabilité. Deux solutions en ce sens. D'un côté, il nous est apparu que la caution et le garant autonome, considérés en raison de leur statut de tiers comme intouchables et ne pouvant subir les effets d'une clause d'arbitrage pour les raisons que nous avons détaillées, pouvaient parfaitement être attirés à l'arbitrage suivant les arguments que nous avons développés plus haut. De l'autre côté, l'impécuniosité du tiers participant à la paralysie et au dysfonctionnement momentané de l'opposabilité, pouvait être dépassée en proposant la solution de la mutualisation des frais liés à l'arbitrage.

1221. Au final, l'ensemble des solutions proposées dans la présente étude concernent, comme on vient de le voir, les fondements juridiques et objectifs de l'attraction. Le même exercice sera poursuivi dans les développements à venir pour concerner les fondements extrajuridiques et subjectifs, à une différence près, il ne sera

plus question de proposer des solutions, mais il s'agira surtout d'affirmer, de consolider et d'entériner définitivement celles qui sont déjà admises aujourd'hui, bien que l'on soit parfois prudent quant à leur consécration.

SECTION II : POUR UNE CONSÉCRATION DÉFINITIVE DE CERTAINS ÉLÉMENTS DE LA DIMENSION EXTRAJURIDIQUE DANS L'ANALYSE DE L'ATTRACTION

1222. Le renouvellement de l'analyse des fondements juridiques et objectifs de l'attraction ne constitue qu'une première étape de la conception renouvelée du principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage. Cette étape franchie, il nous semble impératif, pour compléter l'analyse, de procéder de la même façon afin de consacrer et entériner les solutions tirées de l'analyse de la dimension extrajuridique que nous avons eu l'occasion de présenter. Ainsi, deux arguments extrajuridiques doivent être, selon nous, affirmés avec force. D'un côté, l'objectif de la bonne administration de la justice par l'unification du contentieux doit être pris en compte de manière *indispensable* dans l'analyse de l'attraction et non comme un simple critère *confortatif* de la règle de l'attraction (§1). De l'autre côté, il nous semble nécessaire de prendre en compte la question de l'influence du droit français, car elle permet l'approbation de la nouvelle règle de l'attraction (§2).

§1 La bonne administration de la justice par l'unification du contentieux : un critère indispensable à la justification de l'attraction

1223. L'unification du contentieux pour une bonne administration de la justice se réalise, comme on a pu le voir, par la mobilisation de divers remèdes préventifs et curatifs. L'argument qui consiste à unifier le contentieux, mettant en cause une tierce personne non-signataire, pour une bonne administration de la justice, est considéré aujourd'hui en matière d'arbitrage comme un objectif subsidiaire et un simple critère *confortatif de la décision de l'extension compromissaire* et a été donc exclu des fondements exclusifs de la règle de l'attraction¹⁸³⁹. La raison de la mise au second plan de ce critère a été justifiée par certains auteurs de la doctrine de la manière suivante : la bonne administration de la justice ne prend en compte que l'intérêt organique de l'administration et celui de l'arbitre et non ceux des litigants. En effet, les objectifs

¹⁸³⁹ V. *supra*. n° 1023 et s., spéc. n° 1035.

attendus sont avant tout l'organisation et la cohérence du système de règlement des litiges et la coordination des procédures afin d'éviter le risque d'encombrement des tribunaux et le désordre de la justice étatique. Mais également permettre à l'arbitre, qui aspire à rendre une sentence solidement motivée et confortée par la réunion de tous les éléments susceptibles d'intéresser le litige, et ce, pour éviter les recours systématiques en annulation, d'exercer sa mission dans de bonnes conditions. Autrement dit, la concentration du contentieux ou la consolidation des procédures, dit-on, n'a d'intérêt que lorsqu'elle intervient pour faciliter le traitement judiciaire et institutionnel des difficultés procédurales liées à un contentieux, notamment arbitral, auquel se trouverait atraite une tierce personne, mais ne justifie pas pourquoi cette dernière devait y participer¹⁸⁴⁰.

1224. Par ailleurs, l'argument de la bonne administration de la justice peut faire fi et ne pas se soucier de la recherche de la volonté des protagonistes, et plus spécialement celle du tiers, alors que la recherche et le respect de la volonté des parties sont, en matière d'arbitrage, d'ordre public¹⁸⁴¹. En effet, l'argument de la bonne administration de la justice, s'il ne s'accompagne pas d'une recherche de la volonté des parties, est très décrié et ne peut suffire à lui-même pour justifier l'attraction des tiers. C'est ce qui a été affirmé d'ailleurs par RUBELLIN-DEVICHI qui disait que : « *l'arbitrage est une juridiction volontaire, un espace de liberté individuelle ; il ne saurait être question, sous prétexte d'une meilleure organisation (...) d'aller à l'encontre de la volonté des parties : l'arbitrage y perdrait sa spécificité et du même coup une grande partie de son intérêt* »¹⁸⁴². De même, il ne peut y avoir de règlement unifié de litiges sous l'égide d'une seule juridiction arbitrale que lorsqu'il y a vérification des exigences traditionnelles de l'attraction et des exigences validant la clause d'arbitrage¹⁸⁴³. Ainsi, le constat définitif que nous avons fait, en nous appuyant sur la position du droit positif, c'est que le critère de l'unification pour une bonne administration de la justice ne peut suffire à lui seul pour décider de l'extension compromissaire, en l'absence de l'implication effective du tiers et de sa connaissance de l'existence de l'arbitrage.

¹⁸⁴⁰ Cf. François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 606, p. 375.

¹⁸⁴¹ V. en ce sens : l'opinion des arbitres dans la sentence partielle CCI n° 6768, 1996, inédit (*Amsterdam, droit iranien*).

¹⁸⁴² Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « *L'arbitrage et les tiers : les solutions jurisprudentielles* », in, *Rev. arb.*, 1988, p. 524.

¹⁸⁴³ Cf. Fabienne JAULT-SESEKE, « *La pluralité de défendeurs et l'indivisibilité n'excluent pas l'arbitrage* », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, (*Quatro Children's Books Ltd c./Éditions du Seuil et autre*), RCDIP, 2002, p. 555 ; François Xavier TRAIN, *Les contrats liés...*, *op. cit.*, n° 606, p. 375.

1225. Ceci dit, n'est-il pas possible de revoir cette position et traiter l'argument de l'unification du contentieux pour une bonne administration de la justice sous un autre angle de sorte à faire passer ce critère du statut où il est considéré comme un simple critère *confortatif* de l'attraction à celui où il serait pris en compte comme un critère *à part entière* ? Au-delà des critiques et de ce que nous avons dit à propos de l'insuffisance de l'argument, et bien que les arbitres consacrent la supériorité des stipulations contractuelles sur les objectifs d'économie de procédure et de bonne administration de la justice¹⁸⁴⁴, nous pensons, malgré tout, que l'unification du contentieux pour une bonne administration de la justice arbitrale¹⁸⁴⁵ pourrait présenter un motif majeur et devrait s'imposer à l'interprète qui doit le prendre en compte de manière systématique pour chaque décision d'extension. Tout en précisant que ce critère ne vient pas concurrencer ni se substituer, mais s'ajouter aux critères dits traditionnels. En effet, le rôle de l'implication et de la connaissance est de justifier un possible déclenchement du processus d'extension — sans lesquels on ne parlerait même pas d'unification, puisqu'aucun procès ne sera ouvert à l'égard des tiers —, mais, en même temps, ces deux critères sont aussi les premiers éléments factuels du contentieux qui, s'il n'est pas unifié, prendra deux voies procédurales : une devant le juge étatique ; l'autre devant l'arbitre. Somme toute, l'idée que nous souhaitons mettre en exergue ici est de faire du critère de l'unification une donnée fondamentale dont l'arbitre doit tenir compte pour étendre la portée de la convention d'arbitrage aux non-signataires, au même titre que le critère de l'implication ou de la connaissance.

1226. Plusieurs arguments devraient venir conforter cette proposition. D'abord, au-delà de son pragmatisme, la solution reçoit l'appui de plusieurs arrêts¹⁸⁴⁶. En effet, dans le célèbre arrêt Alcatel, la Cour de cassation avait décidé que : « *L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* »¹⁸⁴⁷. Ici, les effets de la convention d'arbitrage ne s'étendent pas seulement aux litiges nés directement de l'exécution d'un contrat

¹⁸⁴⁴ François Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 606, p. 375 qui cite la sentence CCI n° 6768, 1996. V. également Fabienne JAULT-SESEKE, *note sous* Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *RCDIP* 2002, p. 555.

¹⁸⁴⁵ Non pas dans le sens où il serait de bonne administration de la justice d'évincer la convention d'arbitrage pour donner la pleine compétence au juge étatique sur tous les litiges, aussi arbitrables soient-ils, à l'instar de ce qui se fait en présence d'une clause attributive de juridiction qui s'efface en présence de connexité ou d'indivisibilité des litiges. V. en ce sens : Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, p. 518.

¹⁸⁴⁶ V. par exemple : CA Paris, 7 mai 2009, *LPA* 12 août 2009, p. 10, *note* BARBET : « *La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter* » ; CA Paris, 18 déc. 2018, *Rev. arb.*, 2018, p. 847 ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 37, *note* BENSUAUDE.

¹⁸⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Bull. civ.*, I, n° 129, *D.* 2007, p. 2077, *note* BOLLÉE, *Rev. arb.*, 2007, p. 785, *note* EL AHDAB.

auquel le tiers s'est trouvé mis en cause en raison de son implication, mais s'étendent également à tous les litiges connexes et indivisibles au contrat, pouvant éventuellement concerner le tiers sans que ce dernier n'ait été forcément impliqué audit contrat.

1227. Mais partant du constat que tout litige né en raison d'une implication d'un tiers doit forcément être tranché de façon unifiée, en présence d'une clause d'arbitrage et d'une connexité des demandes, c'est-à-dire lorsqu'« *il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de les faire instruire et juger ensemble* »¹⁸⁴⁸, nous pensons, contrairement à certains auteurs de la doctrine, que le juge étatique doit se dessaisir des questions connexes et laisser l'arbitre se saisir de tout le contentieux en réunissant toutes les affaires connexes afin de les instruire ensemble. Cette unification est amplement justifiée en raison de la faveur donnée à l'arbitrage et du fait que l'arbitre ne peut de son propre chef se dessaisir d'un litige sans le consentement de toutes les parties, et ne peut donc renvoyer l'examen d'une demande présentant un lien de connexité avec une autre demande portée devant une autre juridiction — étatique ou arbitrale —, sinon il outrepasserait ses fonctions et commettrait un déni de justice, et ce, parce que le tribunal arbitral a été prévu de manière conventionnelle et volontaire par les parties.

1228. Aussi, et ce point n'est pas des moindres, l'arbitre, préoccupé par la cohérence de sa sentence et attentif à ce que sa décision ne soit pas en contradiction avec la décision du juge étatique à propos de l'affaire connexe, doit œuvrer, même si les parties ne lui ont pas confié la mission d'étendre sa compétence, en faveur de la concentration du contentieux et la jonction des actions parallèles pour les instruire ensemble, ce qui est donc conforme à la bonne administration de la justice. Sachant qu'il n'y a pas de textes explicites qui viendraient résoudre cet incident relatif à la compétence de l'arbitre, que ce soit dans le droit français de l'arbitrage interne ou international. En outre, la solution de la consolidation des procédures connexes est plus facile à mettre en place lorsque les deux procédures sont ouvertes devant deux tribunaux arbitraux différents, mais elle devient plus difficile d'application quand une des procédures est ouverte devant le tribunal étatique. Certains auteurs¹⁸⁴⁹ proposent de recourir aux dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 1472 du CPC qui

¹⁸⁴⁸ Art. 101 du CPC.

¹⁸⁴⁹ Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 338 et 839, p. 347 et p. 830; Pierre MAYER, « *Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international* », in Mél. à Claude RAYMOND, Litec, 2004, p. 193.

autorise le tribunal arbitral à surseoir à statuer en attendant la décision du juge étatique ou du tribunal arbitral saisi d'une demande connexe. Là encore, la solution de proroger le délai de l'arbitrage est en totale contradiction avec l'esprit de l'arbitrage, qui aspire à la célérité.

1229. Précisons tout de même que le fondement de l'unification en arbitrage des litiges et actions connexes ne sera possible qu'en présence de demandes dont au moins une est ouverte devant le tribunal arbitral, ou lorsqu'il y a pluralité de défendeurs dont l'un seulement est lié au demandeur par une convention d'arbitrage. Nous pensons également à la situation où des affaires connexes sont imbriquées les unes dans les autres par une intégration verticale ou horizontale dans lesquelles plusieurs clauses compromissoires existent donnant compétence à différents arbitres, sur des questions qui se rattachent en fait à un litige unique¹⁸⁵⁰. On pense également, pour reprendre l'hypothèse de RUBELLIN-DEVICHI, au cas où il y a une série de litiges parallèles avec différents arbitres désignés et statuant selon des procédures différentes, ce qui accroît, bien entendu, le risque de contrariété ou d'incohérence de décisions¹⁸⁵¹. En résumé, il est de la bonne administration de la justice arbitrale de consolider des litiges liés en présence d'au moins une clause compromissoire. En présence de ces cas de figure, il se trouve même que la consolidation est un atout majeur à la création implicite de l'autorité de la chose jugée¹⁸⁵² et venant soutenir son efficacité¹⁸⁵³.

1230. Mais en réalité, ce n'est que sur le terrain de l'indivisibilité que l'argument de l'unification pour une bonne administration de la justice reçoit ses lettres de noblesse. En effet et sans entrer dans les détails, rappelons simplement que l'indivisibilité, qui est une forme de connexité renforcée¹⁸⁵⁴, est, selon une conception restrictive, la situation où il est rendu impossible, matériellement, d'exécuter ensemble les décisions qui émaneraient de juridictions différentes¹⁸⁵⁵. Autrement dit, l'indivisibilité est « l'impossibilité d'exécuter simultanément les décisions émanant de juridictions différentes »¹⁸⁵⁶. Ou plus étroit encore, « l'indivisibilité supposerait que la nature du litige soit telle que des décisions divergentes pourraient consacrer au détriment du

¹⁸⁵⁰ Intervention de M. MOQUET au débat : « Arbitrage et les tiers : le droit de l'arbitrage », in, *Rev. arb.*, 1988, p. 529

¹⁸⁵¹ Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, p. 522.

¹⁸⁵² V. *infra*. n° 1292 et s.

¹⁸⁵³ Cf. Jane WILLEMS, « L'arbitrage et l'indivisibilité procédurale », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 123, p. 32.

¹⁸⁵⁴ V. en ce sens : *Ibid.* et François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 608, p. 376.

¹⁸⁵⁵ Cf. Hélène GAUDEMET-TALLON, André HUET, *JCL, dr. Int.*, Fasc. 581-40., cité par Fabienne JAULT-SESEKE, *note préc. citée*.

¹⁸⁵⁶ Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, p. 519 et s.

demandeur un véritable déni de justice »¹⁸⁵⁷. Alors que dans un sens plus général, « l'indivisibilité suppose simplement le risque de contrariété de décisions »¹⁸⁵⁸ ; elle s'entend, comme disait M. TRAIN, « de l'impossibilité de statuer sur le contrat dans la compétence »¹⁸⁵⁹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la notion d'indivisibilité est souvent décriée et critiquée en raison de l'imprécision des concepts qui la composent¹⁸⁶⁰ ; elle est une notion extrêmement difficile à manier¹⁸⁶¹.

1231. Ceci dit, faut-il voir tout de même dans l'indivisibilité un moyen permettant de fonder l'attraction des tiers, que ce dernier soit impliqué ou pas, chaque fois où il y a risque d'impossibilité d'exécution simultanée de deux décisions à venir, même si la réalisation de ce risque n'est pas certaine, mais qu'elle est tout au plus probable ? Autrement dit, peut-on faire prévaloir l'extension de la portée de la convention d'arbitrage sur toute autre considération, notamment la règle de compétence dérivée¹⁸⁶², même lorsque le risque d'inconciliabilité est moindre ? Une partie de la doctrine pense qu'une réponse par l'affirmative, sans nuances alors que la notion d'indivisibilité est décriée, peut jouer en défaveur de la notion et son invocation ne serait alors que « pour habiller des considérations d'équité ou d'opportunité et qu'elle soit (...) déformée et confondue avec l'objectif qu'elle sert, à savoir la bonne administration de la justice »¹⁸⁶³.

1232. Mais partant des constats suivants : s'il est d'abord admis de façon constante que « la juridiction étatique saisie d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétente, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, y compris en cas d'indivisibilité avec un litige relevant de sa compétence »¹⁸⁶⁴. Cela signifie, d'une part, que la seule constatation de l'indivisibilité ne suffit pas à faire obstacle au jeu de la clause d'arbitrage. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'il y a indivisibilité de litiges qu'il devient impératif à ce qu'une seule juridiction soit compétente pour statuer sur le contentieux qui présente une connexité renforcée. D'autre part, il est tout aussi autorisé, et c'est ce qui ressort de l'arrêt *Quarto Children's Books*, à chacun des

¹⁸⁵⁷ Jacques NORMAND, note sous Cass. com., 2 janv. 1968, Cass. civ., 15 mars 1968, *RCDIP* 1969, p. 506.

¹⁸⁵⁸ Cf. Hélène GAUDEMET-TALLON et André HUET, *JCL dr. Int.*, Fasc. 581-40., cité par Fabienne JAULT-SESEKE, note préc. citée.

¹⁸⁵⁹ François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, p. 378.

¹⁸⁶⁰ Cf. *Ibid.*, n° 608, p.376.

¹⁸⁶¹ Cf., Fabienne JAULT-SESEKE, note préc. citée.

¹⁸⁶² V. *Id.*

¹⁸⁶³ François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 608, p.376. V. également : Jacqueline RUBELIN-DEVECHI, *op. cit.*, p. 520.

¹⁸⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, (*Quarto Children's Books Ltd c. Éditions du Seuil et autre*) ; D. 2001, p. 3247 et les obs., *RCDIP* 2002, p. 555, note JAULT-SESEKE. V. aussi : CA Paris, 18 déc. 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 647, (*Sarl Révision technique fiduciaire c./SA Cabinet Touber et autre*) : « la juridiction étatique, saisie d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétente sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, la seule constatation d'une indivisibilité ne suffisant pas à faire obstacle au jeu de la clause compromissoire » ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-21.641.

protagonistes de saisir la juridiction compétente pour statuer sur sa demande. On peut ainsi se retrouver devant deux instances ouvertes, l'une devant le tribunal étatique, l'autre devant l'arbitre. Ensuite, si l'argument de la bonne administration de la justice par l'unification des contentieux indivisibles est souvent invoqué pour faire échec au jeu de la clause compromissoire, à revers, nous pensons qu'il n'est pas moins cohérent de se saisir de ce même argument pour faire échec à la compétence du tribunal étatique pour ainsi demander la concentration de tous les litiges devant l'arbitre, puisque la tenue du tribunal arbitral se fera dans tous les cas, et ce, parce qu'il est unanimement admis¹⁸⁶⁵, comme on vient de le dire, que l'indivisibilité des litiges ne fait pas obstacle à l'application de la convention d'arbitrage.

1233. D'ailleurs, il a même été conseillé que la consolidation soit proposée, voire même imposée, sauf volonté contraire de toutes les parties, par le juge étatique pour servir la bonne administration de la justice arbitrale, et ce, bien évidemment lorsque le juge étatique se voit saisi d'une affaire présentant une indivisibilité certaine avec un contentieux déjà ouvert devant l'arbitrage¹⁸⁶⁶. Et c'est justement sur le terrain de la certitude quant à la qualification de l'indivisibilité que les avis divergent, puisqu'il n'y a pas de consensus sur la définition de la notion d'indivisibilité ni sur les situations factuelles qui peuvent conclure à celle-ci. S'agissant par exemple de la conception de l'indivisibilité, si l'on retient l'acception large de la notion, qui est singulièrement plus proche de la notion de connexité¹⁸⁶⁷, il serait sans doute difficile de qualifier les actions ou les litiges qui sont en réalité connexes d'indivisibles. C'est d'ailleurs en adoptant une telle conception que les tribunaux étatiques concluaient à l'absence d'indivisibilité ; se déclaraient compétents et écartaient l'application de la convention d'arbitrage en s'octroyant une prorogation de compétence — unification du contentieux devant le juge étatique et effacement de l'effet de la clause d'arbitrage —¹⁸⁶⁸. En revanche, les tribunaux étatiques qui ont écarté leur compétence au profit du tribunal arbitral avaient admis la conception stricte, c'est-à-dire la conception qui voit en l'indivisibilité une impossibilité d'exécuter simultanément les décisions émanant de décisions différentes.

1234. Ainsi, si l'on doit justifier l'attraction des tiers, que ces derniers soient impliqués ou se retrouvent dans une situation de neutralité, c'est-à-dire dans une

¹⁸⁶⁵ V. entre autres : Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 1957, (*Sté Legav*), D. 1958, p. 167, note POCHON ; *Rev. arb.*, 1957, p. 132 ; *RCDIP*, 1957, p. 495, note MEZGER ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, (*Peavy Compagny*), *Rev. arb.*, 2001, p. 765, note COHEN ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *préc. citée*.

¹⁸⁶⁶ Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, p. 524.

¹⁸⁶⁷ Jane WILEMS, *art. préc. cité*.

¹⁸⁶⁸ V. en ce sens : *Ibid.* citant CA Aix, 27 janv. 1978 et CA Paris ch. 5^{ème}, 11 déc. 1981.

situation où l'instruction d'une demande introduite devant l'arbitrage ne peut se faire que par l'intégration des tiers, et ce, en raison d'une imbrication de droits ou de contrats, c'est alors sur la base de la conception stricte de la notion d'indivisibilité que nos propos doivent être construits.

1235. Justement, l'indivisibilité a été reconnue par exemple dans le cas des actions relatives à une servitude indivisible entre ayants droit ; ou encore dans celui de la condamnation à des indemnités de réparation prononcée indistinctement au profit de deux époux qui sont titulaires d'une créance indivisible¹⁸⁶⁹. En revanche, les magistrats ont estimé qu'il n'y a pas d'indivisibilité, donc pas d'attraction pour cause d'unification de litiges indivisibles, lorsqu'un sinistre procédant de plusieurs causes conjuguées faisant apparaître des responsabilités convergentes, puisque « *l'obligation au tout poursuivie contre les codébiteurs pourra de toute façon être réclamée à l'un deux* »¹⁸⁷⁰, ou lorsque deux actions portant sur le même objet lorsqu'elles sont de causes et d'effets juridiques différents¹⁸⁷¹. Pas d'invisibilité non plus entre la demande aux fins de rescision pour lésion de la vente d'un immeuble et l'action formée par un tiers en annulation de cette même vente en raison d'une simulation et d'une fraude commise par le vendeur¹⁸⁷². En outre, en présence des ensembles contractuels par exemple, M. TRAIN s'est résout à l'idée selon laquelle : « *L'unification du contentieux au nom de l'indivisibilité ne peut être utile qu'en présence d'un ensemble qui est à la fois dépecé et susceptible de générer un litige indivisible, c'est-à-dire en présence d'un ensemble unifié dont le régime procédural est volontairement fractionné* »¹⁸⁷³. Finalement, pour qu'elle soit reçue favorablement comme fondement indispensable de l'attraction, il faut s'accorder sur un cadre pertinent de l'indivisibilité, et ce, pour atténuer son insaisissabilité.

1236. Au surplus du consensus sur la conception de l'indivisibilité, il faut ensuite donner une efficacité pleine à la convention d'arbitrage de sorte à affirmer sans équivoque sa force obligatoire et son opposabilité à l'égard des tiers. C'est d'ailleurs la motivation des magistrats dans un arrêt de la cour d'appel en date du 8 décembre 1988 où il a été décidé conformément à l'article 11 de la convention de New York et à l'article 1458 du NCPC que : « *La convention d'arbitrage emporte incompétence de la juridiction de l'État, en l'espèce le tribunal de commerce de Paris, et*

¹⁸⁶⁹ *Id.*

¹⁸⁷⁰ Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, p. 520.

¹⁸⁷¹ Jane WILLEMS, *op. cit.*

¹⁸⁷² *Id.*

¹⁸⁷³ François-Xavier TRAIN, *op. cit.*, n° 609, p. 377.

conduit à renvoyer les parties devant une juridiction arbitrale en ce qui concerne le litige opposant Sysmode et Hos au sujet de la résiliation et de la validité du contrat du 8 janvier 1982 ; considérant qu'il importe peu à cet égard que les litiges nés entre Sysmode, Metra Hos et Sema soient liés à ce litige opposant Hos et Sysmode en ce sens que la solution donnée au premier commande celle réservée aux deux autres ; que cette indivisibilité ne saurait faire obstacle au jeu normal de la clause compromissoire, dans les rapports des parties qui l'ont souscrite »¹⁸⁷⁴. Cet arrêt a connu toutefois un revirement, puisque l'on a reconnu la compétence du juge étatique nonobstant l'existence de la clause d'arbitrage, et ce, en retenant l'indivisibilité dans son acception large¹⁸⁷⁵ — dans ce cas de figure on a retenu l'indivisibilité et l'unification du contentieux devant la juridiction étatique ; M. JARROSSON soulignait que l'on n'a pas retenu « l'effectivité de la clause d'arbitrage »¹⁸⁷⁶ —.

1237. En définitive, en présence d'une indivisibilité d'actions ou de litiges, rien ne s'oppose à ce que leur unification devant une seule juridiction, en l'occurrence arbitrale, soit considérée comme critère indispensable fondant l'extension, car il n'y a pas une position claire et unanime du droit positif sur ce sujet. En effet, tantôt on admet le jeu de la clause compromissoire et affirme la suprématie de la clause, et on accepte donc l'unification du contentieux devant le tribunal arbitral ou plus fréquemment sans même faire état d'une éventuelle indivisibilité¹⁸⁷⁷. Tantôt, on privilégie la concentration du contentieux devant le juge étatique malgré la présence d'une clause d'arbitrage¹⁸⁷⁸. Notre proposition permet donc de renforcer la légitimité de l'effet mobilisateur de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire l'effet d'attraction, et accentue davantage l'efficacité de celle-ci. Qu'en est-il à présent des autres arguments extrajuridiques qui ont été présentés et dont on a déduit que la règle de l'extension compromissoire peut servir de moyen à la promotion du droit français de l'arbitrage international ?

¹⁸⁷⁴ CA Paris, Ch. 1^{ère} sec. B, 8 déc. 1988, n° 86-11681, *Rev. arb.*, 1990, p. 150.

¹⁸⁷⁵ Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-13.168. V. également : Cass. com., 15 juill. 1976, *RDCIP* 1976, p. 132, note LAGARDE, *Rev. arb.*, 1976, p. 117, note FUNCK-BRENTANO ; Cass. com., 9 juin 1987, *Bull. civ. IV*, n° 144 ; CA Paris, 19 mai 1993 « Labinal », *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note JARROSSON.

¹⁸⁷⁶ Charles JARROSSON, note sous CA Paris, 19 mai 1993, *Rev. arb.*, 1993, p. 645.

¹⁸⁷⁷ V. par exemple : Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 1957, (*Sté Legav*), *D.* 1958, p. 167, note POCHON ; *Rev. arb.*, 1957, p. 132 ; *RCDIP*, 1957, p. 495, note MEZGER ; Cass. com., 8 nov. 1982, *Rev. arb.*, 1983, p. 177, obs. RUBELLIN-DUVICHE.

¹⁸⁷⁸ V. par exemple : Cass. com., 9 juin 1987, *Bull. civ.*, IV, n° 144 et arrêt Labinal.

§2 La nécessaire prise en compte de l'influence du droit français dans l'approbation de la nouvelle règle de l'attraction

1238. L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé¹⁸⁷⁹, la liberté et la souplesse des solutions que proposent ses règles, ont permis de doter ce droit d'une lisibilité faisant de lui une des normes les plus favorables aux opérateurs étrangers et un droit en cohérence avec les attentes du commerce international. C'est le cas d'ailleurs des solutions relatives à l'extension de la convention d'arbitrage. En effet, nous avons relevé précédemment que la règle de l'attraction, en sus des autres solutions et règles libérales proposées par le droit français, contraste avec les autres droits étrangers¹⁸⁸⁰. En effet, l'examen du droit comparé, nous a permis de pointer la réticence de la jurisprudence suisse, allemande et anglaise. La divergence entre la jurisprudence française et celle de ces pays ne résulte pas, disait M. POUURET, de textes légaux, mais d'une sensibilité différente quant au rôle de l'arbitrage dans les relations économiques internationales¹⁸⁸¹. Autrement dit, le législateur et la jurisprudence française ont choisi de donner à leur droit une dimension libérale pour pouvoir être en cohérence avec les attentes du commerce international. Cependant, pour le même auteur, ces divergences peuvent conduire à des conflits négatifs de compétence, surtout lorsque les parties choisissent divers droits — droit applicable à la procédure, droit applicable au fond du litige —. Tel serait le cas par exemple de l'extension décidée à l'égard d'une personne non-signataire par un tribunal arbitral ou par le juge français en se déclarant incompétent, alors que cette extension serait refusée dans l'État du siège¹⁸⁸². Si cette divergence donne lieu parfois à de graves conséquences — conflits négatifs de compétences ; contrariétés de décisions —, elle peut aussi être un motif pour inciter les opérateurs étrangers à unifier le choix de la norme applicable à leurs litiges à naître, pour ce faire, en prévoyant un seul droit, le droit français, qui sera appliqué aussi bien pour régler les questions relatives à la procédure et au fond du litige, mais les incite également à choisir la France comme siège de leur tribunal arbitral.

1239. Plus concrètement, lorsque les parties soumettent le règlement des litiges à naître au droit français de l'arbitrage international, celles-ci font échapper la validité

¹⁸⁷⁹ Jean-François POUURET, « L'originalité du droit français au regard du droit comparé », RIDC, 2004, p.133.

¹⁸⁸⁰ V. par exemple : *supra*. n° 1016 et s.

¹⁸⁸¹ Jean-François POUURET, *op. cit.*, p. 140.

¹⁸⁸² V. en ce sens : *Id.*

et l'interprétation de la portée de leur convention d'arbitrage aux particularismes locaux et aux normes restrictives des autres droits étrangers. Ce faisant, les parties s'assureront à donner une certaine efficacité à leur convention d'arbitrage, contrairement aux autres droits où les règles de validité et d'efficacité — éviction du formalisme, arbitrabilité, autonomie de la clause d'arbitrage : ingrédients nécessaires à l'attraction — sont moins souples et moins libérales. Ainsi, à l'interrogation de savoir si la promotion du droit français participerait à maintenir et à renforcer la règle de l'attraction, voire même l'approuver, nous répondons par l'affirmative.

1240. Bien évidemment, il n'est pas question ici de faire de la promotion du droit français une motivation première pour l'interprète, ou un objectif à atteindre en décidant de l'attraction d'un tiers, mais l'idée est de réaffirmer, à travers les solutions souples permettant l'extension compromissaire, la position libérale de la jurisprudence française, et de manière générale du droit positif. Et que la règle de l'attraction telle qu'admise aujourd'hui participe à ce libéralisme assumé qui ne cesse de s'affirmer en matière internationale et trouve écho en matière interne. L'intérêt pour la France d'un tel libéralisme est avant tout économique, mais il est également politique.

Conclusion de la section II

1241. La consécration de la dimension extrajuridique dans l'analyse de l'attraction des tiers peut apparaître de prime abord une ambition assez vague et relativement complexe : cela tient sans doute, comme son intitulé l'indique, pour une partie à la part de subjectivité et aux éléments extrajuridiques que comporte l'analyse. Autrement dit, la justification de l'effet d'attraction de la convention d'arbitrage devait se conforter, après s'être appuyée sur les éléments strictement juridiques, par les éléments relatifs à l'organisation de la justice étatique ou arbitrale, aux motivations économiques ou politiques, alors que ces éléments extrajuridiques, qui sont par définition en dehors du champ juridique, sont à même de fausser l'analyse de l'extension qui est un phénomène purement juridique. On s'est rendu compte après examen des différents éléments extrajuridiques que l'analyse de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage doit être globale et que des éléments, même extrajuridiques, participent de la même façon à cet exercice d'explication et de justification. Ainsi, pour pallier aux différentes difficultés pratiques, procédurales et

organisationnelles, il est conforme à la bonne administration de la justice que les tiers non-signataires, qui se sont impliqués dans l'exécution d'un contrat ou se sont retrouvés mêlés ou liés à un litige naissant de ce contrat, soient attirés devant une seule juridiction, arbitrale en l'occurrence, en unifiant et consolidant tous les litiges connexes et indivisibles et procédures parallèles¹⁸⁸³. En outre, même si elle ne doit pas être sa vocation première, l'interprète ne doit pas négliger la position libérale que le législateur français et la jurisprudence française ont dessinée pour l'arbitrage. Par conséquent, toute solution d'extension n'allant pas dans ce sens a de grandes chances d'être rejetée.

Conclusion du chapitre I

1242. Au terme de ces développements, il apparaît clairement que le renouvellement du principe d'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage doit nécessairement prendre la voie de l'uniformisation des règles ouvrant la voie à l'attraction et celles qui la conditionnent. Cette voie donne lieu donc à un renouvellement de la règle de l'attraction et à l'unification de son régime, ce qui autorise ainsi son application, quelle que soit la sphère de l'arbitrage. Mais ce n'est qu'une première étape de la lecture, puisqu'à compter de sa mise en place, la règle de l'attraction doit surpasser les fragilités qui peuvent entraver son application. En effet, la nouvelle règle de l'attraction, pour sa mise en œuvre, doit savoir s'insérer et répondre à toutes les situations d'attraction, notamment en présence des groupements de contrats et de sociétés. Par conséquent, nous avons proposé un cadre pertinent à la théorie de groupe et une objectivation du processus d'attraction des tiers qui se retrouvent impliqués dans des agissements déloyaux.

1243. On a observé par ailleurs que le refus de l'extension compromissoire à l'égard de la caution et du garant autonome était insuffisamment fondé et qu'il était donc possible, et ce dans l'intérêt de tous les protagonistes, d'attirer ces deux tiers qui sont très proches des contractants, mais de leur autoriser également la possibilité d'invoquer la clause compromissoire à l'égard des parties signataires, et plus précisément le bénéficiaire de la garantie. Cette dernière solution et celle qui consiste à instaurer un système de mutualisation des frais liés à l'ouverture d'une procédure

¹⁸⁸³ V. en ce sens : « *Procédures parallèles et décisions contradictoires* », coll. du 21 mars 2014, Bruylant, 2015.

d'arbitrage en présence d'un tiers impécunieux, contribuent assurément à l'élargissement du champ des sujets de l'opposabilité — c'est-à-dire les tiers non-signataires pouvant subir les effets de la convention d'arbitrage —.

1244. Mais ceux-ci ne sont que les fondements objectifs et certainement pas les seules raisons qui peuvent amener l'interprète à décider de l'extension compromissoire. En effet, l'attraction des tiers par l'unification du contentieux en vue d'une bonne administration de la justice constitue un argument particulièrement efficace. L'unification permet l'évitement des procédures ou de litiges parallèles qui pourraient déboucher sur des décisions contradictoires. De même, l'argument qui consiste à voir dans les solutions libérales relatives à l'attraction, un acquis du droit français, et participant en même temps au rayonnement de ce droit, constitue un raisonnement valable en ce qu'il favorise la diffusion de la règle de l'attraction parmi les opérateurs étrangers désireux de solutions libérales et de normes qui répondent aux attentes du commerce international.

1245. Cela dit, l'examen du renouvellement du principe d'opposabilité pour une efficacité renforcée sera incomplet sans un examen de l'impact des éléments qui composent la règle de l'attraction ou de l'opposabilité.

CHAPITRE II : L'IMPACT DE LA CONCEPTION RENOUVELÉE

1246. L'analyse entreprise, dans les chapitres précédents, a permis de conclure au possible renouvellement du principe de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage, mais, comme nous venons de l'évoquer, sans une étude d'impact de la règle de l'opposabilité, l'examen de ce renouvellement serait vain ou incomplet. Ainsi, l'analyse que nous envisageons, dans le présent chapitre, tente de déterminer les effets directs et indirects et les enjeux immédiats et lointains de la règle proposée. Seront donc évalués les effets recherchés ainsi que les éventuelles incidences moins attendues, voire indésirables, pouvant naître de l'instauration d'une telle règle.

1247. Mais avant d'engager une étude d'impact de la règle de l'opposabilité (*Section II*), il convient au préalable de faire la synthèse de tous les éléments que doit comporter cette règle (*Section I*).

Section I : L'émergence d'une règle unifiée de l'opposabilité en matière d'arbitrage : essai de synthèse

Section II : L'impact de la règle unifiée

SECTION I : L'ÉMERGENCE D'UNE RÈGLE UNIFIÉE DE L'OPPOSABILITÉ EN MATIÈRE D'ARBITRAGE : ESSAI DE SYNTHÈSE

1248. Compte tenu de ce que nous avons avancé, dans la première partie, à propos de la conception du principe d'opposabilité en droit commun, de sa réception en droit de l'arbitrage et des mécanismes de sa mise en œuvre, l'analyse est particulièrement instructive en ce qu'elle montre que l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage est un principe juridique à part entière. Cependant, au fur et à mesure que l'on avançait dans notre recherche, surtout lorsqu'il était question d'évoquer l'efficacité du principe, celle-ci a laissé entrevoir des limites. En effet, l'étude des limites d'ordre juridique et objectif, ainsi que celles d'ordre extrajuridique et subjectif, a permis de réunir une multitude d'éléments perturbateurs de la règle de l'attraction. C'est à partir de ces éléments perturbateurs que l'on a pu proposer par la suite des solutions régulatrices.

1249. L'étude à venir s'efforcera donc de faire la synthèse de tous les composants de la règle de l'opposabilité. Il sera question en réalité d'établir les contours de la règle de l'opposabilité (§1), avant d'aller en examiner les possibles dévoiements (§2).

§1 Les contours de la règle

1250. Pour toute prétention à étudier les conséquences et à évaluer les incidences d'une quelconque règle, en l'occurrence la règle de l'opposabilité, il semble judicieux de commencer par énoncer le domaine élargi de ladite règle (A). Il s'agit en réalité de rappeler les fondements conventionnels de l'arbitrage, notamment ceux qui ont été proposés à la réformation en matière interne. Ensuite, on procédera à l'énoncé de la règle en rappelant les éléments constitutifs (B). Toutefois, l'étude des contours de la règle unifiée ne sera que de synthèse. On ne rappellera donc que de manière très brève les principes fondateurs de la règle : principe de validité et d'efficacité de la convention d'arbitrage, ainsi que tous les critères dits indispensables et confortatifs que nous avons observés comme fondements de la règle de l'attraction. Les éléments

formant la règle sont bien évidemment ceux qui ont été dégagés des mécanismes translatifs, attributifs et extensifs de droits.

A. *Le domaine de la règle*

1251. L'arbitrage est sans conteste le mode habituel de règlement des litiges commerciaux, il fallait donc, pour garantir la sécurité juridique des différentes transactions entre les opérateurs du commerce national ou international, instaurer un régime favorable à la convention d'arbitrage, et ce, afin de lui assurer une validité et une efficacité propre et lui éviter les contestations dilatoires. Il convient donc de faire dans un premier temps un rappel très bref des principes fondateurs et des changements qui ont atteint le régime de la convention d'arbitrage afin que celle-ci puisse avoir une portée beaucoup plus large. Plus concrètement, il s'agit dans un premier temps de rappeler en quelques mots le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, pour rappeler par la suite les solutions curatives contre certains obstacles juridiques qui limitaient la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage en droit interne. Enfin, il sera question de rappeler le champ d'application de la règle.

1252. Par rapport tout d'abord à la règle de l'autonomie, rappelons que celle-ci a été posée pour la première fois en matière internationale par le célèbre arrêt Gosset dans lequel il est affirmé que : « *l'accord compromissoire [...] présente toujours une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte juridique qui le contient* ». Cette règle est aujourd'hui un principe fondateur du droit de l'arbitrage applicable aussi bien en matière internationale qu'en matière interne. L'autonomie de la convention d'arbitrage a deux effets :

- **Un effet de protection.** La clause d'arbitrage est autonome matériellement du contrat principal, elle n'est pas affectée par les causes d'anéantissement de ce contrat. M. MAYER préfère parler de séparabilité plutôt que d'autonomie pour pallier la contradiction qui pourrait naître de la transmission contractuelle de la clause d'arbitrage.

- **Un effet d'émancipation.** Sous réserve des règles impératives du droit interne et de l'ordre public international, la clause d'arbitrage est indépendante de toute loi étatique, elle a sa propre loi créée par les parties. Émancipée du système

conflictualiste, la convention d'arbitrage est soumise à la règle matérielle qui dicte la norme applicable.

1253. Quant aux obstacles juridiques paralysant la validité de la convention d'arbitrage en matière interne, nous en avons identifié deux : l'un est relatif à la forme de la convention d'arbitrage, l'autre est en lien avec le domaine de celle-ci.

- **Au regard de la forme de la convention d'arbitrage**, nous avons *d'abord* proposé d'évincer le formalisme et d'abandonner le cloisonnement des droits interne et international. Ainsi, en matière interne, nous sommes passés de l'*obligation* de l'écrit, sous peine de nullité, à l'*optionalité* de celui-ci pour les parties. Une réformation de l'article 1443 du CPC est donc souhaitable. Ainsi, la formulation suivante : « *à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale* » est proposée à l'abrogation pour être remplacée par une nouvelle formulation à l'instar de celle qui est disposée, en matière internationale, par l'article 1507 du même Code : « *la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme* ». *Ensuite*, et toujours en lien avec le formalisme, nous avons fait la proposition de libérer la convention d'arbitrage des restrictions touchant son contenu et l'interprétation de sa portée. Ainsi, l'exigence d'un certain contenu, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 1444 du CPC relatif aux mentions qui doivent figurer dans la convention d'arbitrage, c'est-à-dire la désignation d'un nombre impair d'arbitres ou la modalité de leur désignation, a été également proposée à l'optionalité pour les parties. Ainsi, un changement dans les termes de l'article 1444 du CPC s'impose, en proposant la formule suivante : « *la convention d'arbitrage peut désigner, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoir les modalités de leur désignation* ». Ce changement permet sans doute un allègement du contenu de la convention d'arbitrage en donnant aux parties le choix de mentionner ou pas les arbitres, d'autant plus que cette exigence peut être contre-productive¹⁸⁸⁴. *Enfin*, l'allègement du contenu de la convention d'arbitrage conduit naturellement à s'interroger sur l'interprétation de sa portée. Bien sûr, une formulation libre du contenu a pour conséquence un assouplissement dans l'interprétation de la portée du consentement exprimé par les parties, surtout en présence de clauses pathologiques. Nous étions donc favorables à l'abandon de toute interprétation restrictive, ce qui autorise indubitablement l'interprète à ne pas

¹⁸⁸⁴ V. *supra*. n° 1097 et s.

conditionner l'arbitrabilité d'un litige à une volonté formulée de manière défectueuse ou lacunaire¹⁸⁸⁵.

- **Au regard du domaine de la convention d'arbitrage**, nous avons choisi d'étendre l'arbitrabilité objective et subjective. Pour la première, l'élargissement du domaine de l'arbitrabilité des litiges passait par la remise en cause des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 2061 du Code civil. Ce dernier texte a été donc proposé à la réformation, puisque l'exigence de professionnalité qu'il contient n'a aujourd'hui pas grand sens¹⁸⁸⁶. Pour l'arbitrabilité subjective, nous sommes pour une extension *de principe* de l'arbitrabilité des litiges nés de rapports contractuels à caractère commercial dans lesquels l'État ou les personnes morales publiques s'y trouvent impliqués. Peu importe que le contrat soit interne ou international. Autrement dit, nous sommes pour une extension de l'arbitrage à toute personne morale de droit public impliquée à l'opération économique. Concernant enfin du champ d'application de la règle, faut-il rappeler que la règle de l'attraction a vocation à s'appliquer à tout arbitrage, que la convention soit interne ou internationale. En effet, à raison de l'uniformisation et de l'abandon du cloisonnement des droits interne et international de l'arbitrage, la règle de l'attraction peut donc s'appliquer dès lors que l'on choisit le droit français pour la résolution des litiges, peu importe que ces différends soient nés d'un contrat à caractère national ou international.

B. *L'énoncé de la règle*

1254. L'analyse qui a pu être proposée à propos du principe d'opposabilité, et ce, depuis le début de la présente thèse, a pu démontrer que la réception du principe en matière d'arbitrage obéit à diverses exigences. L'ensemble de ces exigences forment la règle de l'attraction ou de l'opposabilité. En effet, la prétention qui était celle de réceptionner et d'entériner définitivement le rôle de la règle de l'opposabilité en droit processuel de l'arbitrage, à savoir l'attraction des tiers non-signataires à la procédure arbitrale, mais aussi l'ambition de présenter l'opposabilité de la convention d'arbitrage comme un principe à part entière exceptant le principe de la relativité des conventions, supposait, avant toute chose, l'établissement d'un cadre dans lequel le principe d'opposabilité devait s'inscrire. C'est ce que nous avons

¹⁸⁸⁵ V. en détail : *supra.* n° 1102 et s.

¹⁸⁸⁶ V. en détail : *supra.* n° 1108 et s.

essayé d'établir lorsqu'il était question d'analyser la mise en œuvre de l'opposabilité. En effet, cette analyse a conduit à l'exclusion, en présence des techniques de circulation de la clause d'arbitrage, des mécanismes autorisant une transmission totale du patrimoine : cession de contrats, fusion, acquisition, absorption... etc., et d'autres mécanismes attributifs de droits où des personnes, bien que tierces, ne pouvaient être les sujets de l'opposabilité (1). Mais l'analyse de l'attraction a permis également de relever et d'établir, en présence des mécanismes extensifs de droits, les conditions exigées pour justifier l'extension des effets de la convention d'arbitrage (2).

1. *Les exigences retenues en présence des mécanismes de circulation de la clause d'arbitrage*

1255. La règle de l'attraction ne se résume pas, pour sa mise en œuvre, aux seuls mécanismes extensifs, où elle se trouve certes dans son milieu naturel, mais elle s'exprime également à travers les mécanismes de circulation. Toutefois, il n'est pas besoin de rechercher la volonté des tiers recueillant la clause d'arbitrage, car l'alinéa 1^{er} de l'article 2061 du Code civil dispose que : « *La clause compromissaire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée* ». Trois cadres s'imposent tout de même :

- *Cadre n° 1.* En présence des mécanismes translatifs de droits, seuls les ayants cause à titre particulier recevant leurs droits d'une transmission n'opérant pas de transfert d'obligations sont admis à être les sujets de l'opposabilité. Les raisons avancées pour expliquer cette délimitation du périmètre ont été multiples¹⁸⁸⁷, mais, de manière générale, nous avons démontré que les ayants cause recueillant droits et obligations, c'est-à-dire la totalité du patrimoine, subissent l'effet obligationnel et d'aucune façon l'effet opposable. Autrement dit, ils sont concernés par le principe de la force obligatoire et non celui de l'opposabilité. Alors que les ayants cause à titre particulier, qui ne recueillent pas les obligations liées à un contrat, conservent leur qualité de tiers à l'effet obligatoire des conventions passées par son auteur¹⁸⁸⁸. Ainsi,

¹⁸⁸⁷ V. *supra*. n° 482 et s.

¹⁸⁸⁸ V. en ce sens : Jean Marie AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français, op. cit.*, n° 43, p. 58.

tout processus translatif de droit opérant une *transmission de plein droit* de la convention d'arbitrage sera exclu du domaine de l'opposabilité. Ne peuvent donc être tiers au contrat : les ayants cause universels ou à titre universel, les ayants cause à titre particulier bénéficiaires d'une cession de contrat et ceux qui recueillent les contrats constitutifs de droits réels et d'obligations réelles. C'est la raison pour laquelle nous avons retenu uniquement les mécanismes de cession de créances, de subrogation et des transmissions qui s'opèrent au sein des chaînes de contrats translatifs de propriétés.

- *Cadre n° 2.* En présence des mécanismes attributifs de droits, la délimitation du périmètre s'impose aussi. Ce ne sont pas toutes les personnes tierces ayant obtenu des prérogatives pour agir au nom d'une autre personne qui sont admises à être les sujets de l'opposabilité. Aussi, en matière de contrats pour autrui, seul le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est en mesure d'invoquer ou de subir les effets d'une clause d'arbitrage insérée dans le contrat liant le stipulant au promettant. Ce qui exclut donc les bénéficiaires des promesses pour autrui, notamment la promesse de porte-fort qui nécessite une ratification de la part du bénéficiaire¹⁸⁸⁹.

- *Cadre n° 3.* En matière de substitution et d'adjonction, seuls les représentants et les délégants imparfaits sont admis à être les sujets de l'opposabilité, car un représentant parfait est un tiers absolu au contrat que son pouvoir soit détenu de la loi, du juge, ou conventionnellement, il doit dans tous les cas exprimer sa volonté qui n'est autre que la volonté du représenté. Le représentant est donc neutre et ne peut être concerné par la clause d'arbitrage. De même, est exclue du domaine de l'opposabilité : la délégation parfaite qui opère une novation, puisque celle-ci n'effectue pas adjonction, mais substitution de personnes — ce qui l'assimile à une cession de contrats que nous avons aussi écartée —.

2. *Les exigences retenues en présence des mécanismes extensifs de la clause d'arbitrage*

1256. Considérée comme la situation la plus significative où le principe de l'effet relatif est réellement remis en cause, contrairement aux situations translatives¹⁸⁹⁰,

¹⁸⁸⁹ V. *supra*. n° 608 et s.

¹⁸⁹⁰ V. en ce sens : Ali BENCHENEB, « À propos de l'extension de la clause... », *op. cit.*, p. 59.

l'extension compromissoire repose de la même façon sur des conditions pour sa mise en œuvre. Certaines de ces conditions, dont l'unanimité ne fait aucun doute, sont indispensables au fondement de la règle de l'extension compromissoire, puisque c'est à partir de ces conditions qu'est présumée la volonté tacite des tiers de se soustraire à leur juge naturel et auxquelles se greffent d'autres critères dont la prise en compte par l'interprète est aussi primordiale pour décider de l'attraction (a). À ces exigences et critères s'ajoutent souvent les éléments dits confortatifs de la règle de l'extension (b).

a. *Les conditions dites traditionnelles ou indispensables à la règle de l'extension*

1257. Condition *sine qua non* de l'arbitrage, la volonté des tiers non-signataires de la convention d'arbitrage est déduite des conditions suivantes.

D'abord,

* ***L'implication du tiers au contrat***, que cette implication intervient au sein d'un groupe de contrats, de sociétés ou au-delà de ces groupements. Cette condition suppose tout de même deux cas de figure :

- ***Une implication active.*** C'est lorsque le tiers s'implique à la réalisation ou à l'exécution du contrat contenant la clause d'arbitrage. L'intervention du tiers n'est dans ce cas pas sans intérêts.

- ***Une implication passive.*** C'est lorsque le tiers s'implique à l'anéantissement du contrat, ou témoigne d'un comportement déloyal. Sur ce dernier point, il a été démontré que la jurisprudence s'est souvent basée sur la théorie de la transparence, pour en déduire un comportement du tiers nécessitant une extension des effets de la convention d'arbitrage. En effet, le fondement de la transparence ne vaut tout au plus que dans le cadre de groupes de contrats ou de sociétés. La théorie de la transparence permet de sanctionner l'abus manifeste ou la fraude d'une société membre d'un groupe qui, pour échapper à l'arbitrage, se retranche derrière une identité-écran et le principe de l'indépendance juridique des personnes morales. L'arbitre peut donc en cas de fraude ou d'abus manifeste lever le voile corporatif afin d'attirer la société qui manque à la transparence¹⁸⁹¹. Toutefois, le mécanisme de

¹⁸⁹¹ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 721, p. 703 et s.

l'*alter ego* ou de l'abus de droit ne sont à déployer que si l'agissement frauduleux ou abusif est intentionnel ou de mauvaise foi. En revanche, les tiers qui agissent de manière non intentionnelle, ne créant aux yeux des parties signataires qu'une confusion de bonne foi, sont souvent attirés suivant la doctrine de *l'équitable estoppel*¹⁸⁹².

Ensuite,

* **La connaissance par le tiers de l'existence de la convention d'arbitrage.** Cette condition permet, selon nous, d'induire la volonté réelle qui se conjugue avec la volonté déclarée, déduite de l'implication¹⁸⁹³.

À ces deux conditions cumulatives, l'interprète doit prendre en considération le critère de :

* **La bonne administration de la justice.** Effectivement, l'étude des différentes problématiques procédurales et organisationnelles nous a convaincus que la reconnaissance du principe de la bonne administration de la justice comme critère à ne pas négliger et à prendre en compte dans la décision de l'attraction réside dans les solutions qu'il offre. En effet, l'unification du contentieux et la jonction des procédures permettent à la fois de regrouper l'affaire litigieuse devant une seule juridiction, en l'occurrence arbitrale, et d'éviter les contrariétés des décisions.

b. *Les éléments dits confortatifs de la règle de l'extension*

1258. Les éléments confortatifs de la décision de l'extension ne se substituent pas, mais s'additionnent aux conditions que nous venons de citer, car ces éléments sont à eux seuls incapables de justifier l'extension compromissaire. Ainsi, il n'est pas impossible de voir l'interprète se référer, dans des circonstances particulières et dans la limite de la mission qui lui est donnée, à l'équité pour décider de l'attraction d'un tiers pour s'extirper de l'impasse qu'imposeraient certaines règles de droit ou certaines dispositions contractuelles imprécises ou lacunaires pour répondre, par ce

¹⁸⁹² V. *supra.* n° 680 et s.

¹⁸⁹³ V. *supra.* n° 1154 et s.

qui est bon et équitable pour les parties, aux impératifs d'ordre pratique¹⁸⁹⁴. L'équité est tel un supplétif dont le rôle ne vient que pour pallier les insuffisances des règles légales ou conventionnelles.

1259. Par ailleurs, est aussi confortative la considération qui consiste à faire de l'évaluation économique et financière — faite par les parties et les tiers — la conséquence d'une potentielle attraction, un motif supplémentaire facilitant la décision de l'attraction. En effet, nul ne peut douter que le temps pour rendre une décision — rapide lorsque l'affaire est portée devant le tribunal arbitral, long si celle-ci est portée devant le tribunal étatique — peut avoir des conséquences, parfois désastreuses, sur la continuité de l'activité économique de l'entreprise en cours de procès. Certains projets économiques liés à l'affaire en attente de jugement se voient retardés, voire gelés. Faut-il rappeler également la nécessité de prendre en compte le coût, très élevé, des procédures parallèles si les parties décident de disperser leur contentieux. Sans oublier, bien évidemment, la thèse de la confidentialité des jugements rendus qui, bien qu'elle soit certaines fois à espérer, peut être un des variables qui incite à un regroupement du contentieux et facilite donc la décision de l'extension compromissoire.

1260. Enfin, il est aussi à prendre en compte l'argument qui consiste à dire que le droit français de l'arbitrage international dont les solutions sont très libérales, notamment celles relatives à l'extension compromissoire, participe à l'approbation de la règle de l'attraction. Si le droit français de l'arbitrage international autorise l'attraction des non-signataires selon des conditions très libérales, alors il serait très difficile pour un interprète d'aller à l'encontre de ce droit du moment où tous les ingrédients de l'attraction sont réunis. Les règles relatives à l'attraction s'inscrivent donc dans une logique libérale dont l'intérêt, parmi tant d'autres, est de faire du droit français une norme en adéquation avec les attentes du commerce international.

§2 Les possibles dévoiements de la règle

1261. Le débordement non souhaité de la règle unifiée. Le rappel des exigences de la règle de l'opposabilité et l'étendue de celle-ci nous a permis de cerner les points qui s'avèrent essentiels à la création d'une règle adaptée au droit français de

¹⁸⁹⁴ V. *supra*. n° 1007 et s.

l'arbitrage interne et international. Le premier enseignement à retenir c'est que l'on ne peut affirmer une application générale et unifiée de la règle de l'opposabilité qu'à la condition d'intégrer en matière interne les solutions libérales du droit international, et ce, pour une simple raison : le champ d'application de la règle de l'opposabilité rétrécit chaque fois que l'on est en matière interne où la jurisprudence semble, dans l'ensemble, encore relativement attachée au principe de la relativité des conventions¹⁸⁹⁵ et au maintien des dispositions strictes du droit interne, qui sont inapplicables en matière internationale¹⁸⁹⁶, à l'instar de l'article 2061 du Code civil. C'est ce qui explique d'ailleurs que la plupart des décisions favorables à l'attraction ont été majoritairement rendues en matière internationale.

1262. De surcroît, même si l'on admet la transposition des solutions du droit international en matière interne, il n'est pas impossible de voir la règle de l'opposabilité, ambitieuse telle que nous l'imaginons, dériver vers des applications moins souhaitables. En effet, le dévoiement de la règle de l'opposabilité unifiée peut tout d'abord résulter en partie de ce que l'on pourrait appeler sa vocation à l'universalité. On entend par là son aptitude à s'appliquer à tous les contrats litigieux contenant une clause d'arbitrage, dès lors qu'il y a immixtion d'une tierce personne, et dans tous les domaines y compris ceux qui sont réservés à l'ordre public, en particulier de protection. Comme nous l'avons quelque peu esquissé¹⁸⁹⁷, la règle de l'opposabilité ne peut être appliquée qu'à l'égard des tiers qui se retrouvent impliqués dans des litiges arbitrables, c'est-à-dire dans des litiges qui ne portent pas sur des dispositions qui intéressent l'ordre public. En droit de la consommation par exemple, le consommateur, bénéficiant d'une protection particulière, est considéré comme partie faible et ne peut donc être attiré à l'arbitrage, car la clause d'arbitrage est à son égard considérée comme abusive en ce qu'elle crée un déséquilibre significatif. Il est donc craint que la règle de l'opposabilité unifiée ne soit pas reçue favorablement dans l'ordre juridique interne en ce qu'elle gommerait les particularités et les spécificités relatives à chaque ordre public, en particulier celles de l'ordre public interne qui sont relativement protectrices de l'intérêt général et de certains intérêts privés¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹⁵ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCEIDT, *op. cit.*, n° 220, p. 247.

¹⁸⁹⁶ *Id.*

¹⁸⁹⁷ V. *supra*. n° 823 et s.

¹⁸⁹⁸ Mais il faut avouer que cette vision procède d'un scepticisme anormal à l'égard de l'arbitrage hérité d'un temps hostile à la clause compromissoire. En effet, l'arbitre, juge privé, était considéré comme ne pouvant s'occuper que d'intérêts privés, car il était craint que celui-ci « *n'assure pas inconditionnellement le respect des règles impératives* » — Ernest MEZGER, « *L'arbitrage et l'ordre public* », *RTD com.*, 1948, p. 611 —. Contrairement au juge étatique qui était seul gardien de l'ordre public. Mais à coup de jurisprudences successives, cette méfiance

1263. Il est possible également de voir la règle de l'opposabilité, qui emporte tout de même une édulcoration, voire même une élimination parfois de la nécessité de consentir à l'arbitrage, bifurquer vers un arbitrage forcé en y intégrant l'idée d'un « forçage du consentement à l'arbitrage »¹⁸⁹⁹. En effet, bien que nous ayons élevé le consentement des tiers de la position de consentement *implicite* au rang de consentement *tacite* grâce à la condition de connaissance¹⁹⁰⁰, celui-ci demeure malgré tout entaché par la factualité de la condition de l'implication dont il est déduit. Car, tout dépend du comportement du tiers et des conséquences que l'on est en droit d'en tirer¹⁹⁰¹. Il ne s'agit pas de n'importe quelle implication, il faut que celle-ci soit jugée suffisante pour que l'interprète puisse confirmer l'opposabilité au tiers de la convention d'arbitrage. D'ailleurs, dans plusieurs décisions, les juges ont adopté une solution divergente de celle des arbitres¹⁹⁰². Si l'implication est sujette à interprétation, celle-ci peut conduire à une opposabilité à tort. En outre, portée à son paroxysme, celle-ci peut se révéler contre-productive et conduire à l'injustice : *summum jus summa injuria*¹⁹⁰³. Il est de toute évidence injuste de voir attiré à l'arbitrage un tiers dont l'immixtion est le fruit d'une malchance ou d'une maladresse. L'inverse est tout aussi vrai, il sera également reproché aux interprètes le fait de refuser l'attraction d'un tiers alors que la clause d'arbitrage lui est parfaitement opposable. Plusieurs arrêts viennent témoigner de cette divergence¹⁹⁰⁴. Dans l'arrêt *Abela*¹⁹⁰⁵ par exemple, la cour d'appel a annulé la sentence rendue par un tribunal arbitral au motif que celui-ci a récusé à tort l'attraction de certaines personnes alors que celles-ci étaient, en raison de leur implication au contrat litigieux, tout à fait *attrayables*, et s'est donc déclaré incompétent en raison que ces personnes n'étaient pas signataires de la convention d'arbitrage.

1264. Finalement, la règle de l'opposabilité, telle que nous la concevons, pose un cadre général, c'est aux interprètes d'être au fait du particularisme de la

commençait peu à peu à se dissiper. En effet, depuis l'arrêt Tissot — Cass. com., 28 nov. 1950, *Bull. civ. III*, n° 355 ; D. 1951, p. 170 ; S. 1951, p. 120, note ROBERT — ce qui interdit le recours à l'arbitrage, ce n'est pas le lien du litige avec l'ordre public, mais l'existence d'une violation de cet ordre par les parties qu'il revient aux arbitres de juger, soit à titre principal, soit à titre incident — V. Éric LOQUIN, « L'ordre public et l'arbitrage », *RJ. com.*, n° 4, 2018 —. C'est ce qu'affirmaient d'ailleurs fort bien les juges de la cour d'appel dans un arrêt de 1989 : « le caractère contractuel et privé de l'arbitrage interdit à la juridiction arbitrale, dans les matières régies par les dispositions impératives, de sanctionner une violation de l'ordre public, une telle prérogative appartenant aux seuls tribunaux de l'État » : CA Paris, 16 fév. 1989, *Rev. arb.*, 1989, p. 711, note IDOT.

¹⁸⁹⁹ Daniel COHEN, « Arbitrage et groupe de contrats », *op. cit.*, p. 477.

¹⁹⁰⁰ V. *supra*. n° 1152 et s.

¹⁹⁰¹ Jean-Baptiste RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 328, p. 250.

¹⁹⁰² *Ibid.*, n° 328, p. 251.

¹⁹⁰³ « L'application excessive du droit conduit à l'injustice ».

¹⁹⁰⁴ V., entre autres, l'arrêt *Dallah*, *préc. cité*

¹⁹⁰⁵ CA Paris, 22 mai 2008, *JCP* 2008, I, 222, n° 7, *obs.* SERAGLINI ; D. 2008, p. 3117, *obs.* CLAY ; *Rev. arb.*, 2008, p. 370, note TRAIN.

jurisprudence pour chaque hypothèse d'opposabilité et manier les conditions de ladite règle avec doigté.

Conclusion de la section II

1265. Le rappel des principes fondateurs de l'arbitrage, des modalités et des conditions d'attraction a permis d'établir un cadre juridique cohérent valable pour les deux sphères de l'arbitrage. Les conditions uniformes que contient ce cadre permettent à la règle de l'opposabilité de trouver une application générale, que la convention d'arbitrage soit prévue pour la matière interne ou internationale. La règle de l'opposabilité que nous proposons n'est pas le fruit d'une rupture avec les solutions que l'on connaît aujourd'hui, mais elle est le résultat d'une conception renouvelée à partir de ces solutions. En effet, la conception renouvelée de la règle de l'opposabilité soutient le maintien du régime libéral du droit français de l'arbitrage international, favorable à l'extension des effets de la convention d'arbitrage et à sa transmission, avec une transposition de ce régime en droit interne de l'arbitrage.

1266. Cependant, une application excessive de cette règle peut, à revers, conduire à des dérives. Les dévoiements de la règle pourraient prendre plusieurs aspects : atteinte à l'ordre public interne de protection, risque de forçage du consentement des tiers, ce qui est contraire à l'essence de l'arbitrage et peut mener à une forme d'injustice, car *summum jus summa injuria*.

SECTION II : L'IMPACT DE LA RÈGLE DE L'OPPOSABILITÉ

1267. Comme toute norme qui tend à s'insérer dans l'ordre juridique, la règle de l'attraction ou de l'opposabilité doit avoir un effet juridique sinon son existence n'a pas grand intérêt. Nombreux sont donc les effets de la règle de l'attraction, mais ceux-ci sont d'autant plus visibles sur l'instance arbitrale puisque justement c'est cette règle qui prive le tiers non-signataire de la convention d'arbitrage de son juge naturel, et permet son attraction à l'instance arbitrale lorsque les conditions de cette attraction sont vérifiées. Ainsi, de tels impacts seront d'abord examinés au regard de la procédure d'arbitrage (§1), avant de rechercher d'éventuelles conséquences sur le droit de l'arbitrage (§2).

§1 L'impact sur la procédure

1268. L'impact de la règle de l'attraction sur la procédure peut être appréhendé à différents stades de l'instance. En effet, d'importants impacts, essentiellement positifs, peuvent être visibles avant et au début de la procédure (A), mais également à l'issue de celle-ci (B).

A. *Sur l'avant et le début de la procédure*

1269. Avant que la procédure ne commence, la règle de l'attraction peut être qualifiée de solution préventive contre la fragmentation du contentieux et le développement des procédures parallèles (1). Mais, lorsque la procédure est entamée et la contestation portée devant diverses juridictions, la règle de l'attraction intervient pour éviter la problématique de conflits de décisions et leur potentielle contrariété. Dans ce cas, la règle de l'opposabilité est appelée à jouer son rôle curatif (2).

1. *Le rôle préventif de la règle unifiée*

1270. La prévention contre la fragmentation du contentieux et le développement des procédures parallèles ainsi que les *nocivités* qui pourraient s'ensuivre. Le morcellement du contentieux et le développement des procédures parallèles sont des questions d'importance capitale pour le droit de l'arbitrage, dans la mesure où l'existence de telles procédures pourrait amener les fors, saisis de façon parallèle, à rendre des décisions contradictoires, ce qui mettrait en doute la faculté de ce droit à maintenir sa cohérence et sa légitimité ou à revendiquer « *son statut de véritable ordre juridique* »¹⁹⁰⁶. Toutefois, il ne s'agit pas ici de reprendre ce que nous avons déjà dit à propos de la fragmentation du contentieux et de son unification, car l'essentiel est acquis pour nous. En revanche, ce dont il sera question est de s'interroger sur la capacité de la règle de l'attraction à adopter une dynamique en matière de prévention.

1271. Mais avant cela, faut-il rappeler que suivant les configurations où se trouveraient les parties, la prévention contre les procédures parallèles et l'éparpillement du contentieux n'est pas le propre de la règle de l'attraction. D'autres mécanismes, à l'instar du principe de l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée ou celui de compétence-compétence, sont également en mesure de jouer ce rôle. On l'a vu en effet, l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée consiste à déclarer irrecevable toute demande portée devant une autre juridiction, étatique ou arbitrale, après que des arbitres, ou des juges étatiques, ont tranché le litige¹⁹⁰⁷. Pour ce qui est du principe compétence-compétence, la convention d'arbitrage est dotée d'un effet positif et négatif faisant d'elle un rempart contre la concurrence des compétences. De toute évidence, en présence d'une convention d'arbitrage, il est en principe exclu qu'un juge étatique et un arbitre soient parallèlement saisis d'un même litige né entre les parties signataires de la convention, en particulier lorsque le litige en question ne met pas en cause une tierce personne. Il faut dire qu'il est très rare de voir les parties signataires saisir une juridiction autre que celle qui a été choisie conventionnellement par elles, car, d'un côté, l'effet positif de la convention confère une compétence exclusive au tribunal arbitral. De l'autre côté, son effet négatif retire aux juridictions étatiques le pouvoir de statuer sur le fond de l'affaire. Toutefois, les questions de l'étendue de la compétence et le risque de morcellement du contentieux, emportant celui de contrariété de décisions, se posent avec acuité en la présence d'un tiers.

¹⁹⁰⁶ V. en ce sens : Fernando MANTILLA-SERRANO, « *La contrariété de décisions dans l'arbitrage d'investissement : risques et conséquences* », in, coll. : les procédures parallèles et décisions contradictoires, Bruylant, 2015, p. 29.

¹⁹⁰⁷ V. en ce sens : Jean-Baptiste RACINE, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., n° 848, p. 539.

Autrement dit, l'éclatement du contentieux devient une réalité lorsque le contrat des parties se trouve imbriqué dans des rapports contractuels complexes, ou en présence de grandes opérations impliquant une pluralité d'intervenants.

1272. Cela dit, l'analyse de l'unification du contentieux par la règle de l'attraction et le maintien d'une seule procédure devant l'arbitrage nous autorise à penser que la règle de l'opposabilité n'est pas sans pouvoir de jouer un rôle préventif. Effectivement, la connaissance de la règle par les litigants peut les dissuader d'entamer des actions parallèles à celle qui sera sans doute engagée devant le tribunal arbitral. La raison à cela : la règle de l'attraction rappelle aux tiers, si ces derniers s'ingèrent dans le contrat des parties, et aux parties, lorsque les effets de leur contrat débordent sur les droits d'autrui, les conséquences procédurales de la convention d'arbitrage et de leurs actes, mais leur rappelle encore que le contentieux éparpillé finira par se consolider. Supposons même que des jugements soient rendus, les décisions risquent d'être contradictoires ou incohérentes dont l'application sera certainement difficile, voire impossible, ce qui pourrait porter les litigants sur d'autres terrains de conflits et aggraver davantage leur désaccord. En effet, la connaissance par toutes les parties prenantes au contrat des conséquences procédurales de la convention d'arbitrage dissuaderait les tiers d'agir, surtout à la phase où ils seraient tentés de s'impliquer ou de s'immiscer dans le contrat. Autrement dit, la règle de l'attraction pourrait agir sur la source et la cause même de ces procédures parallèles, à savoir les litiges qui naîtraient de la tierce implication.

1273. En outre, la règle de l'attraction permet d'éclairer les différents protagonistes — parties, tiers non-signataires, juges et arbitres — sur la compétence de chaque for. Lorsque l'attraction des tiers est imminente et ne fait aucun doute, il ne peut y avoir d'incertitude quant à l'appréciation de la compétence arbitrale, car comme l'exprime clairement Mme DEBOURG, « *les conflits entre procédure arbitrale et procédure étatique au fond trouvent leur origine dans une concurrence sur l'appréciation de la compétence arbitrale* »¹⁹⁰⁸. Ainsi, la règle de l'opposabilité, telle que nous l'avons présentée, facilite l'appréciation et l'attribution de la compétence arbitrale pour ainsi faire échapper le contentieux aux risques qui causeraient son éclatement, d'autant plus que les sources du « *désordre procédural* »¹⁹⁰⁹ sont nombreuses. Pour donner un exemple, l'accroissement du nombre de fors compétents en matière d'arbitrage

¹⁹⁰⁸ Claire DEBOURG, « *La prévention des contrariétés de décisions arbitrales et étatiques* », in, coll. : les procédures parallèles et décisions contradictoires, Bruylant, 2015, p. 84.

¹⁹⁰⁹ Cf. Walid BEN HAMIDA, « *Développement des procédures parallèles et facteurs de désordres procéduraux dans l'arbitrage d'investissement* », in, coll. : les procédures parallèles et décisions contradictoires, Bruylant, 2015, p. 19.

d'investissement est l'illustration parfaite de ce désordre. En ce sens, M. BEN HAMIDA a dressé une liste, presque exhaustive, des juges pouvant connaître, au moins partiellement, un aspect du contentieux qui devrait en principe être soumis à l'arbitrage. Selon cet auteur, « *il existe plusieurs juges aujourd'hui habilités à intervenir dans le contentieux d'investissement (...): juge choisi par l'État et l'investisseur en vertu d'une clause d'arbitrage ou d'une clause attributive de juridiction ; le juge de l'État hôte ; le juge de l'État national de l'investisseur ou d'un État tiers saisi en matière de mesures provisoires ou d'un contentieux connexe, et l'arbitrage compétent sur le fondement de l'offre exprimée dans une loi nationale par laquelle l'État fait connaître sa volonté de recourir à l'arbitrage pour régler ses litiges avec les investisseurs privés. À ces fors, on peut ajouter les juridictions régionales des droits de l'homme pouvant connaître de certaines mesures défavorables à l'investisseur, les juridictions nationales et européennes statuant dans le cadre de l'ordre juridictionnel de l'Union européenne, l'organe de règlement des différends de l'OMC ainsi que les tribunaux dont la constitution est prévue par la grande majorité des traités d'investissement afin de résoudre les différends étatiques* »¹⁹¹⁰.

1274. Mais ce désordre n'est pas propre au contentieux d'investissement, la convention d'arbitrage en matière internationale, bien qu'elle donne, comme on l'a vu, compétence exclusive à l'arbitre, n'exclut pas que d'autres juridictions parallèles soient saisies pour se prononcer sur leur compétence. En effet, outre l'arbitre, plusieurs juridictions peuvent se déclarer compétentes pour régler la question litigieuse. Ainsi, des juridictions telle que la juridiction du siège de l'arbitrage, celle du pays de l'exécution de la sentence, le juge d'appui... etc., peuvent être amenées à apprécier la compétence arbitrale¹⁹¹¹. L'on constate que ces fors sont souvent saisis lorsque les termes de la convention d'arbitrage sont laconiques ou pathologiques. De plus, il n'est pas impossible de voir la fragmentation du contentieux surgir de la concurrence entre une clause compromissoire et une clause attributive de compétence, même s'il est vrai que la clause compromissoire bénéficie d'une primauté lui permettant de s'imposer sur les autres clauses attributives de compétence, notamment la clause d'*electio fori*¹⁹¹².

1275. Par ailleurs, l'attraction des tiers par l'unification du contentieux peut avoir, en plus du fait qu'elle crée une véritable garantie de prévisibilité et de sécurité juridique pour tous les protagonistes, des vertus préventives en matière

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 19 et s.

¹⁹¹¹ V. Claire DEDOURG, « *La prévention des contrariétés de décisions...* », *op. cit.*, p. 75.

¹⁹¹² V. plus en détail : Louis PERREAU-SAUSSINE, « *Le conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction* », in, Mél. Bernard AUDIT, L.G.D.J, 2014, p. 612.

d'indemnisation. Comme l'explique parfaitement un auteur cité — l'exemple est donné en matière d'arbitrage d'investissement, mais l'idée est aussi valable dans d'autres domaines — : « *L'hésitation de l'investisseur à multiplier les actions parallèles repose sur la rationalisation des procédés d'indemnisation du préjudice subi à laquelle a œuvré la pratique arbitrale. Ainsi, le fait de multiplier les procédures ne permet pas d'obtenir une indemnisation plus importante du dommage* »¹⁹¹³. La possibilité de concentrer le contentieux, en demandant l'attraction des tiers devant la juridiction arbitrale, permet à l'appelant de recevoir une indemnisation plus conséquente du dommage subi. La question de l'indemnisation du préjudice, plus conséquente dans certains arbitrages internationaux, pourrait également dissuader les tiers de s'impliquer dans le contrat contenant la clause.

1276. En somme, un contentieux non consolidé est source de difficultés. La fragmentation présente à la fois un surcoût et un risque d'insécurité juridique pour les litigants, mais aussi organique en ce qu'il touche directement la bonne administration de la justice, parce que la multiplication des procédures provoque un engorgement des juridictions étatiques d'affaires parfaitement arbitrables. Ainsi, la règle de l'attraction, comme les autres remèdes préventifs, participe à la prévention contre le développement des procédures parallèles et le risque de contrariété.

2. Le rôle curatif de la règle unifiée

1277. L'interruption des procédures parallèles et l'évitement du conflit de décisions et leur potentielle contrariété. Lorsque la règle de l'attraction échoue dans son rôle de prévention contre l'éparpillement du contentieux et ne réussit pas à empêcher le développement des procédures parallèles, celle-ci opère une seconde fois, mais sa fonction sera cette fois-ci purement curative. Son intervention permet de mettre fin aux actions introduites parallèlement et d'unifier le contentieux, impliquant une tierce personne dont l'attraction à l'arbitrage ne fait pas de doute, sous l'égide du tribunal arbitral. La finalité attendue de cette unification est bien évidemment d'épargner la justice d'éventuelles sources de désordres, mais surtout de prémunir le danger de contrariété de décisions et les conséquences qui s'en suivent.

¹⁹¹³ V. cet argument en détail : Walid BEN HAMIDA, *op. cit.*, p.24 et s.

1278. On ne reviendra pas ici sur l'objectif de la bonne administration de la justice, car nous en avons déjà inspecté les contours. En revanche, la question de l'évitement du risque de contrariété doit être rappelée et examinée, puisque l'existence de la contrariété peut être la source de graves difficultés concrètes pour les parties, surtout dans l'hypothèse d'une tierce implication où le parallélisme peut facilement se produire. Mais avant d'affiner nos propos sur le rôle curatif de la règle de l'opposabilité, sur les opportunités et les éventuelles complexités de l'intervention curative de la règle, il faut tout d'abord lever l'ambiguïté qui entoure la notion de contrariété, car la notion demeure très imprécise afin qu'elle soit assimilée dans son ensemble. Effectivement, de nombreuses terminologies sont utilisées pour désigner la notion de contrariété : « *conflit de procédures* », « *incompatibilité* », « *inconciliabilité* », ou encore « *divergence* » de décisions¹⁹¹⁴. Ces expressions sont toutefois à nuancer, dans la mesure où chaque locution occupe une fonction distincte¹⁹¹⁵. Mais, habituellement, la contrariété, selon Mme DEBOURG, « *oppose plusieurs décisions de justice résolvant une même question dans des sens opposés, produisant ainsi une incohérence* »¹⁹¹⁶. Différents points ressortent de cette définition. D'abord, la contrariété ne peut être constatée que lorsque plusieurs décisions ont été rendues. Ensuite, le fait de qualifier de contraires deux ou plusieurs décisions est le signe d'une convergence substantielle entre ces décisions, et cela, en raison des demandes formulées sur un fait identique. Enfin, la contrariété peut porter aussi bien sur la partie dispositive de la décision que sur sa motivation¹⁹¹⁷.

1279. La contrariété peut encore apparaître de procédures parallèles conduites pour connaître des questions relatives à la compétence, comme elle peut surgir d'actions parallèles introduites pour statuer sur le fond de la question litigieuse. La contrariété peut être même constatée dans la phase de contrôle des sentences arbitrales¹⁹¹⁸. En lien avec ces derniers points et de façon courante, la contrariété dans les décisions en matière d'arbitrage peut relever de trois catégories qui ont été identifiées par M. MAYER¹⁹¹⁹. D'abord, la contrariété peut être *absolue* quand elle affecte deux ou plusieurs décisions qui ne peuvent cohabiter du moment où l'une exclut l'autre et inversement. Ensuite, elle est *relative* si deux ou plusieurs décisions

¹⁹¹⁴ V. Fernando MANTILLA-SERRANO, *op. cit.*, p.30.

¹⁹¹⁵ V. Claire DEBOURG, *op. cit.*, n° 63 et s., p. 50 et s.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*, n° 3, p. 5.

¹⁹¹⁷ V. de manière détaillée : Fernando MANTILLA-SERRANO, *op. cit.*, p.30.

¹⁹¹⁸ V. en ce sens : Sylvain BOLLÉE, « *Les contrariétés de décisions dans le contrôle des sentences arbitrales* », in, coll. : les procédures parallèles et décisions contradictoires, Bruylant, 2015, p. 101.

¹⁹¹⁹ Pierre MAYER, « *Conflicting decisions in International Commercial Arbitration* », University of Geneva, in, *J. Int. Dip. Settlement*, 2013, pp. 407-419, cité par *Id.*

connexes comportent des dispositifs divergents et que, bien que l'exécution d'une sentence implique nécessairement de priver l'autre d'une partie de son objet ou de son efficacité, les deux décisions peuvent coexister. Enfin, elle est *intellectuelle* ou *analytique*, lorsque la contrariété concerne des dissensions relatives non pas aux dispositifs des décisions, mais aux raisonnements qui leur sont sous-jacents¹⁹²⁰.

1280. Avec cela, la présence d'une contrariété de décisions invite de toute évidence à s'interroger sur les risques et les conséquences de celle-ci. Au-delà de la menace de nuire à la cohérence du système de règlement des différends et par conséquent à la bonne administration de la justice¹⁹²¹, le risque le plus redouté est celui d'amener les litigants sur un front nébuleux où l'arbitrage ne serait plus en mesure de remplir ses fonctions habituelles et de se retrouver dans une situation de *déni de justice* où le droit des justiciables à un jugement effectif est violé¹⁹²². Mme DEBOURG considère que : « *Lorsqu'elle aboutit au prononcé de décisions contraires, l'intervention concurrente des juges a donc pour effet de placer les parties dans une impasse juridique. De cette impasse juridique à l'existence d'un déni de justice, il n'y a qu'un pas, si l'on veut bien concevoir le déni de justice dans son acception large, c'est-à-dire, non pas uniquement comme une atteinte au droit d'accéder à un juge, mais également comme une atteinte à celui d'obtenir un jugement efficace* »¹⁹²³.

1281. L'autre risque porte sur *l'insécurité juridique* pour les parties, dans la mesure où l'existence de décisions contradictoires peut toucher les droits et la sécurité juridique des litigants. Comme l'a exprimé fort bien Mme DEBOURG, « *la divergence d'appréciation qui caractérise une contrariété de décisions peut conduire des décisions également valables à respectivement affirmer et nier l'existence d'un même droit subjectif ou encore, à attribuer un seul et même droit à plusieurs personnes. La coexistence de ces affirmations, également légitimes et pourtant contradictoires, conduit à la paralysie mutuelle de leurs effets. Les parties ne pouvant pas déterminer laquelle de ses propositions est exacte, elles se retrouvent face à une incertitude quant à l'existence et l'étendue de leurs droits et obligations* ». De même, la présence de décisions contradictoires pourrait conduire chacune des parties à choisir de ne se conformer qu'à la décision qui lui est favorable¹⁹²⁴ ou la moins contraignante. Cette situation est sans nul doute créatrice de nouveaux conflits. Ainsi, l'éclatement du contentieux et les implications qui s'y

¹⁹²⁰ V. Fernando MANTILLA-SERRANO, *op. cit.*, p.30.

¹⁹²¹ Claire DEBOURG, *Les contrariétés de décisions, op. cit.*, n° 15, p. 17.

¹⁹²² V. en ce sens : François — Xavier TRAIN, *préf., in, Ibid.*, p. XI.

¹⁹²³ *Ibid.*, n° 15, p. 17.

¹⁹²⁴ V. en ce sens : Fernando MANTILLA-SERRANO, *op. cit.*, p.37.

attachent mettent en difficulté l'arbitrage et atteignent son *efficacité*. À côté de ces nocivités, qui ne font qu'affaiblir l'arbitrage et abîmer son image, il est possible de voir émerger une importante « *crise de légitimité* »¹⁹²⁵, ce qui pourrait renforcer le sentiment de méfiance de ses utilisateurs.

1282. Pour éviter que cette situation processuelle complexe aux conséquences désastreuses ne se produise, le droit positif a prévu d'abord, comme on a pu l'évoquer auparavant, des remèdes préventifs parmi lesquels se trouvent bien évidemment la règle de l'attraction et bien d'autres encore comme le principe de compétence-compétence qui, au regard de ses effets positif et négatif, intervient en amont de la procédure en articulant les compétences ce qui permet une coordination dans le temps et une hiérarchisation des interventions de l'arbitre et du juge étatique¹⁹²⁶, ou encore celui de l'exception de l'autorité de la chose jugée¹⁹²⁷. Mais en cas d'échec de la dissuasion, les solutions curatives¹⁹²⁸, notamment celle qui nous intéresse ici : la règle de l'opposabilité, seront alors déployées. Agissant postérieurement à la réalisation de la fragmentation et du parallélisme, l'effet mobilisateur de la convention d'arbitrage agit donc sur la procédure en interrompant celles qui seraient parallèles et sur le contentieux en le concentrant devant un unique juge : l'arbitre.

1283. Ces éclaircissements étant rappelés, on se demande finalement qu'est-ce qui pourrait distinguer le remède curatif proposé par la règle de l'opposabilité des autres remèdes ? D'abord, nous pensons que la règle de l'opposabilité est la seule alternative capable d'unifier un contentieux mettant en cause un tiers non-signataire. Les diverses techniques, que ce soit l'intervention forcée d'un tiers à la procédure d'arbitrage, l'exception de connexité, de litispendance ou encore la méthode des *Anti-suits injunctions*, concernent des situations procédurales bien précises et certaines d'entre elles sont fortement décriées par la majorité de la doctrine et des autres systèmes juridiques¹⁹²⁹.

1284. On ne reviendra pas ici sur ce que nous avons déjà dit au sujet de l'incompatibilité de l'intervention forcée avec l'arbitrage¹⁹³⁰. En revanche, ce que l'on peut dire très brièvement à propos de l'exception de litispendance c'est que celle-ci

¹⁹²⁵ *Ibid.*, p. 39.

¹⁹²⁶ Claire DEBOURG, « *La prévention des contrariétés...* », *op. cit.*, p. 84 ; v. *supra.* n° 987 et s.

¹⁹²⁷ V. *supra.* n° 939 et s.

¹⁹²⁸ V. *supra.* n° 995 et s.

¹⁹²⁹ V. par exemple : *supra.* n° 1000 et s.

¹⁹³⁰ V. *supra.* n° 744 et s.

est d'application douteuse en matière d'arbitrage, surtout en matière internationale¹⁹³¹. En effet, et au-delà du fait que l'exception de *litispendance arbitrale* n'est prise en compte par presque aucun droit¹⁹³², la mise en œuvre de celle-ci suppose que le second for qui se dessaisit de l'affaire au profit du premier doit avoir la conviction que le premier for est compétent. Or, en présence d'une convention d'arbitrage, le principe compétence-compétence donne une compétence exclusive au tribunal arbitral et prive initialement les juridictions étatiques de tout pouvoir juridictionnel de statuer sur l'affaire. Autrement dit, en présence d'une convention d'arbitrage valide, il ne peut y avoir de doubles compétences, seul un for est compétent : l'arbitre¹⁹³³. Par ailleurs, l'exception de litispendance obéit à un ordre chronologique de dessaisissement selon lequel celui qui est saisi en second lieu doit se désister au profit du premier. Néanmoins, dans l'hypothèse où le juge étatique serait saisi en premier, l'arbitre saisi en second, doit se dessaisir au profit du juge, ce qui est contraire au principe compétence-compétence, du fait que dans cette hypothèse le juge étatique aura le pouvoir de se prononcer en premier sur sa compétence. S'il constate que la clause n'est pas valable, ce dernier statuera alors sur le fond du litige¹⁹³⁴.

1285. S'agissant de l'exception de connexité, faut-il rappeler que la concentration du contentieux en situation de connexité ne se pose pas lorsque les litiges ou les actions présentent une simple connexité¹⁹³⁵. Il ne suffit pas que des demandes soient simplement liées pour décider de leur concentration devant l'arbitrage. Il est même affirmé que la convention d'arbitrage qui donne, comme on vient de le dire, compétence exclusive à l'arbitre, n'empêche en rien que des demandes simplement connexes soient présentées parallèlement à un arbitre ou à un juge étatique¹⁹³⁶. Au contraire, d'après Mme DEBOURG, « *cette éventualité résulte assez*

¹⁹³¹ Cf. Claire DEBOURG, « *La prévention des contrariétés de décisions arbitrales et étatiques* », *op. cit.*, p. 77.

¹⁹³² Après plusieurs tentatives d'introduire une litispendance arbitrale en droit européen — rapport dit Heidelberg —, la Commission a finalement abandonné l'idée d'une transposition de la litispendance telle que connue en matière civile en droit de l'arbitrage, car celle-ci pose plusieurs difficultés. En droit suisse, le législateur a même dû intervenir pour réformer la solution de la jurisprudence *Fomento* — Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, *Fomento*, ATF 127 III, p. 279 — qui, pour éviter la contrariété de décisions, a annulé la sentence arbitrale en raison d'une autre action pendante.

¹⁹³³ « *En présence d'une clause compromissoire, les juridictions étatiques sont dépourvues, de par la volonté des parties, de tout pouvoir juridictionnel à l'égard du litige qu'il aurait soumis. Il ne s'agit pas d'une question de compétence qui implique une répartition de la matière litigieuse entre plusieurs juges, mais de pouvoir, c'est-à-dire d'aptitude de la juridiction à trancher le litige* » : Pierre CALLÉ, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Rev. arb.*, 2010, p. 496, n° 6.

¹⁹³⁴ V. en détail ces objections : Claire DEBOURG, « *La prévention...* », *op. cit.*, p. 77 et s.

¹⁹³⁵ V. *supra*. n° 996 et s.

¹⁹³⁶ Cf. Claire DEBOURG, « *La prévention des contrariétés de décisions arbitrales et étatiques* », *op. cit.*, p. 73.

naturellement du champ d'application strict de la convention d'arbitrage, qui fait obstacle à tout rassemblement de demandes connexes »¹⁹³⁷. Il faut donc que la connexité soit avancée.

1286. En ce qui concerne la méthode des *Anti-suits injunctions*, celle-ci présente un véritable danger pour la compétence des arbitres¹⁹³⁸. Selon Mme DEBOURG, « le mécanisme de l'Anti-suits injunction permet à une juridiction d'enjoindre à l'une des parties de ne pas introduire une action ou de renoncer à une action introduite devant une autre juridiction, y compris arbitrale »¹⁹³⁹. Rappelons que cet outil « de gestion de procédures parallèles »¹⁹⁴⁰, bien qu'il soit investi d'objectifs louables — protéger la compétence du for naturel du litige¹⁹⁴¹ et empêcher le risque de contrariété de décisions, puisqu'il permet d'écarter l'une des procédures¹⁹⁴² —, a des effets indésirables, voire dangereux. L'un de ces effets, c'est que le mécanisme des *Anti-suits injunctions* prive par une voie détournée une juridiction, arbitrale ou étatique, de statuer sur sa propre compétence¹⁹⁴³. En cas d'injonction dirigée contre l'arbitrage — *Anti arbitration injunction* —, ce mécanisme présente un danger pour le principe compétence-compétence et atteint sérieusement son effet positif¹⁹⁴⁴. Supposons que les litiges ou les actions présentent une simple connexité, le fait de priver une juridiction de se prononcer sur sa propre compétence empêche d'abord le débat qu'il peut y avoir à propos de l'interprétation de cette connexité, mais cette privation peut conduire à un déni de justice. Toutefois, nul ne peut nier le rôle extrêmement dissuasif de ce mécanisme, car les conséquences procédurales qui s'y attachent découragent fortement les tiers, qui seraient tentés d'atteindre le contrat ou de s'y impliquer.

1287. Ensuite, en harmonisant le contentieux et regroupant les actions devant une seule juridiction, à savoir le tribunal arbitral, la règle de l'attraction ou de l'opposabilité aura favorisé non seulement une interprétation complète de tous les éléments de l'affaire, qui sont désormais entre les mains des arbitres, mais encore une application uniforme de la loi. Effectivement, ces deux derniers points permettent

¹⁹³⁷ *Id.*

¹⁹³⁸ V. *supra*. n° 1000 et s.

¹⁹³⁹ Claire DEBOURG, « La prévention... », *op. cit.*, p.81

¹⁹⁴⁰ *Id.*

¹⁹⁴¹ V. en ce sens : Dominique BUREAU, Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., t. I, PUF, 2010, n° 84, p. 100.

¹⁹⁴² V. en ce sens : Claire DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, *op.cit.*, n° 609, p. 490.

¹⁹⁴³ Claire DEBOURG, « La prévention des contrariétés de décisions arbitrales et étatiques », *op. cit.*, p.82.

¹⁹⁴⁴ Toutefois, lorsque l'injonction est en faveur de l'arbitrage, celle-ci joue le rôle de la règle de l'attraction. Cependant, et c'est d'ailleurs ce qui la différencie avec la règle de l'attraction, les plaideurs sont autorisés à tenter plusieurs *Anti-suit injunctions* qui peuvent coexister. Au surplus de l'injonction en faveur de l'arbitrage et celle qui peut être intentée contre lui, les plaideurs peuvent également diriger des injonctions contre la procédure étatique en réponse — on parle d'*anti anti suit injunctions* —, ou encore des injonctions contre la procédure d'exécution de la décision rendu au fond, sans compter les injonctions qui peuvent être prononcées par les arbitres. Cette multiplication d'injonctions peut aboutir à une autre problématique, celle de la contrariété d'*Anti suit injunctions*. V. en ce sens : *Ibid.*, p. 82 et s.

d'amener la procédure à bon port et d'obtenir une seule décision dont les possibilités de recours sont moindres, car l'arbitre, soucieux pour sa réputation et ayant le devoir de rendre une sentence motivée acceptable par tous, aura exploré tous les points et détails du litige. Mais à côté de ces avantages, il est indéniable que l'uniformisation évite à tous les litigants un dédoublement des coûts liés à la conduite de plusieurs procédures.

1288. Quant aux difficultés, la règle de l'attraction peut, en raison de son rôle curatif, soulever quelques questions en matière de confidentialité. Selon un auteur, la jonction de procédures « peut mettre à nu des informations sur la structure sociale, financière et économique des parties, par exemple dans le cadre d'une phase de productions de documents, que celles-ci ne souhaitaient pas nécessairement voir dévoilées aux autres acteurs de l'opération économique en jeu »¹⁹⁴⁵. Naturellement, lorsque les parties concluent un contrat et choisissent l'arbitrage, celles-ci espèrent que leurs querelles ne soient pas portées à la connaissance d'un trop large public et s'attendent à ce que leur sentence et débat ne soient pas publiés, auxquels cas, il serait pénible pour ces parties de garder le secret de leurs affaires, notamment vis-à-vis de leurs concurrents, et cela pourrait même leur causer préjudice, et ce, peu importe que la partie soit sortie perdante ou gagnante du procès. Quoique la confidentialité soit un motif plébiscité par les opérateurs du commerce et un trait marquant de l'arbitrage — d'ailleurs certains droits étrangers ont pu considérer la confidentialité comme une obligation implicite devant ressortir de la convention d'arbitrage¹⁹⁴⁶ —, son statut reste aujourd'hui incertain¹⁹⁴⁷.

1289. La consolidation du contentieux et la jonction des procédures opérées par la règle de l'opposabilité peuvent également poser quelques interrogations en matière de constitution du tribunal arbitral. Cette problématique, conséquence du bouleversement que crée l'implication du tiers non-signataire, soulève l'épineuse question de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral¹⁹⁴⁸. Que la matière soit interne ou internationale, le droit français de l'arbitrage a fait du principe, qui postule que tous les litigants doivent disposer d'un accès équivalent à l'arbitre et que chacun d'eux doit bénéficier d'un traitement équitable par rapport

¹⁹⁴⁵ Thomas GRANIER, « La jonction de procédures arbitrales dans le règlement de la chambre de commerce internationale », in, coll. : les procédures parallèles et décisions contradictoires, Bruylant, 2015, p. 133. L'auteur cite B.M. CREMADES et I. MADALENA, « Parallel Proceeding in International Arbitration », *J. Int. Arb.*, 2008, vol. 24, p. 534 et G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2014, p. 2568.

¹⁹⁴⁶ V. en ce sens le droit anglais: High Court, *Hassneh Insurance Co c./ Mew*, 1993, 2, *Lloyd's Rep.*, p. 243 ; Court of Appeal, (*Dolling-Baker c./Merret*), 1990, 1 *WLR* 1205.

¹⁹⁴⁷ V. en détail : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 49, p. 65.

¹⁹⁴⁸ V. en détail : *Ibid.*, n° 263 et s., p. 293 et s. ; n° 765, p. 758 et s.

aux autres¹⁹⁴⁹, un principe fondamental puisant son fondement des principes directeurs du procès. En ce sens, l'article 1510 du CPC dispose que : « *Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal garantit l'égalité des parties (...)* ». De son côté, la jurisprudence française le qualifie d'ordre public¹⁹⁵⁰ dont la violation peut conduire à l'annulation de la sentence ou à un refus d'exéquatur¹⁹⁵¹. Mais, que se passera-t-il alors si le tiers est attiré devant l'arbitrage ? Doit-il composer avec le tribunal arbitral tel que prévoit la convention d'arbitrage ? Ou au contraire, lui est-il possible de désigner son propre arbitre ? D'abord, il faut préciser qu'au début de la procédure arbitrale, le tiers ne peut choisir ni le droit applicable au fond du litige ni celui applicable à la procédure. Ensuite, en matière interne, les litigants doivent respecter le principe de l'imparité. Autrement dit, si les parties choisissent un arbitre unique et que le tiers attiré vient en choisir un, le nombre des arbitres sera donc pair, ce qui est incompatible avec les dispositions de l'article 1451 du CPC. L'une des parties signataires doit alors désigner un troisième arbitre. Suivant l'intérêt de chaque partie à l'instance, il se peut que l'un des litigants refuse la nomination, soit parce que les parties doutent de son impartialité, ou soit parce qu'elles émettent une réserve sur son indépendance par rapport à la partie qui l'a nommé. Dans tous les cas, la solution serait d'imposer un unique arbitre pour tous les litigants, mais puisque la multiplicité d'arbitres est souvent privilégiée pour la richesse des débats et la pluralité d'avis et d'interprétations qu'elle apporte au procès, il est alors fait appel au juge d'appui ou à un tiers. En matière internationale, la problématique de la constitution du tribunal arbitral se pose différemment, mais ce n'est pas à cause de l'imparité, car celle-ci n'y est pas appliquée.

1290. Pour finir, l'évitement par la règle de l'attraction de la contrariété qui pourrait surgir d'un contentieux fragmenté en raison de l'intervention d'une tierce personne, nous conforte dans l'idée que la règle de l'attraction est à la fois un moyen prophylactique, mais également thérapeutique. Préventif, parce que la règle de l'opposabilité est une arme de dissuasion contre l'implication et le développement des procédures parallèles. Curatif, dans la mesure où la règle de l'attraction évite que l'on aboutisse à des contrariétés dans les décisions lorsque ces procédures sont déjà

¹⁹⁴⁹ V. *Ibid.*, n° 263, p. 293.

¹⁹⁵⁰ V. par exemple en matière interne : CA Paris, 3 juill. 2012, *Rev. arb.*, 2013, p. 160, note BARBET; Cass. civ. 2^{ème}, 31 janv. 2002, *JCP G*, 2003, I, 105, n° 5, obs. SERAGLINI. En matière internationale : Cass. civ. 1^{ère}, 7 janv. 1992, *JDI*, 1992, p. 707, note JARROSSON; *Rev. arb.*, 1992, p. 470, note BELLET; *RTD com.*, 1992, p. 796, obs. DUBARRY et LOQUIN.

¹⁹⁵¹ V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 765, p 759.

entamées. Si la règle de l'attraction a une incidence sur l'avant et le début de la procédure, a-t-elle des conséquences sur l'issue de la procédure ?

B. *Les effets de la règle unifiée sur l'issue de la procédure*

1291. Une fois qu'elle a participé à éviter la contrariété et l'inconciliabilité des décisions, la règle de l'attraction a deux conséquences indirectes visibles sur l'issue de la procédure. Un premier effet atteint indirectement et de manière positive l'autorité et la force probante de la sentence (1). Le second est en lien avec la reconnaissance et l'exéquatur de la sentence (2).

1. *Les effets indirects de la règle sur l'autorité et la force probante de la chose jugée*

1292. **La règle de l'opposabilité et la création implicite de l'autorité de la chose jugée et de la force probante qui y est attachée.** On l'a vu, la multiplicité des procédures peut aboutir à une concurrence de décisions potentiellement contradictoires. Manifestement, l'évitement de ces contrariétés, rendu possible grâce à l'effet d'attraction de la convention d'arbitrage, n'est pas sans conséquences sur l'autorité et la force probante de la chose jugée. L'autorité de la chose jugée, bien qu'elle soit une notion controversée¹⁹⁵², se présente, selon M. HÉRON et M. LE BARS, comme l'immutabilité « *que le législateur confère à ce que le juge a tranché dans son jugement* »¹⁹⁵³. Selon MOTULSKY : « *L'essence même de l'autorité de la chose jugée est la sécurité devant la justice : il s'agit de ne pas remettre en question ce qui a été jugé* »¹⁹⁵⁴. L'alinéa 1 de l'article 1484 du CPC, applicable également en matière internationale par renvoi à l'article 1506 du même Code dispose que : « *La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* ». En matière d'arbitrage, on peut parler d'autorité de la chose « *arbitrée* »¹⁹⁵⁵. C'est donc un effet de plein droit donné à la sentence¹⁹⁵⁶. Celui-ci est à la fois positif : c'est le fait

¹⁹⁵² V. en ce sens : Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 467, p. 441.

¹⁹⁵³ Jacques HÉRON et Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, L.G.D.J, éd. 6^{ème}, 2015, n° 351, p. 286. Cité par *Id.*

¹⁹⁵⁴ Henri MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, Paris, 1973, p. 261.

¹⁹⁵⁵ V. Jean-Baptiste RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 847, p. 538.

¹⁹⁵⁶ *Id.*

de pouvoir se prévaloir de la décision, mais aussi négatif : c'est le fait de ne plus revenir sur la solution¹⁹⁵⁷.

1293. Cependant, pour que ces effets puissent se produire, il faut être en présence d'une véritable sentence¹⁹⁵⁸. Selon la jurisprudence : sont de véritables sentences arbitrales, « *les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance* »¹⁹⁵⁹. Or, dans le cas où la règle de l'opposabilité n'existerait pas, la pluralité des sentences et leurs potentielles contrariétés seraient alors inévitables. Bien évidemment, la contrariété peut être évitée en recourant à d'autres méthodes d'unification, mais force est de constater que les méthodes évoquées plus haut concernent des situations procédurales bien précises et certaines sont d'application douteuse en matière d'arbitrage¹⁹⁶⁰. Il n'est donc pas sûr que celles-ci soient compatibles avec notre cas d'étude. En tout cas, lorsque la résolution d'un litige est portée devant divers fors, on ne pourrait s'attendre qu'à la pluralité des décisions et à leur potentielle contradiction, auquel cas, le tribunal arbitral et le juge étatique, de par leurs décisions inconciliables, n'auraient donc pas réussi à vider de manière définitive la contestation. Par conséquent, les deux décisions contradictoires ne peuvent être appliquées et ne peuvent obtenir l'autorité de la chose jugée, alors qu'au contraire, l'existence d'un outil de concentration du contentieux, telle que la règle de l'attraction, permet d'écartier la contradiction à l'issue de l'instance, afin d'avoir une seule sentence qui, non seulement, aboutit à créer une autorité implicite de la chose jugée dès son prononcé, et cette sentence aura moins de chance d'être contestée par les litigants, car l'arbitre aura pris en considération tous les points de vue des plaignants et aura connu tous les éléments et détails de l'affaire litigieuse.

1294. L'existence de la règle de l'opposabilité permet aussi, par voie de conséquence, d'attacher à la chose jugée une force probante. En raison du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, le droit français admet que la sentence arbitrale a la même force probante qu'un acte authentique¹⁹⁶¹. Rappelons, en peu de mots, que la force probante est, selon Cornu, « *la valeur d'un mode de preuve comme élément de conviction* ;

¹⁹⁵⁷ V. Henri MOTULSKY, *op. cit.*, p. 261 et 262.

¹⁹⁵⁸ *Id.*

¹⁹⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 oct. 2011, n° 09-72.439, *Procédures*, 2011, n° 369, *note* WEILLER.

¹⁹⁶⁰ V. par exemple le cas de l'exception de connexité : *supra*. n° 996 et s. ; ou celui de l'exception de litispendance : *supra*. n° 999.

¹⁹⁶¹ V. en ce sens : CA Paris, 30 mars 1962, *JCP* 1962, II, 12 843 ; CA Paris, 10 mars, 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 143, *obs.* DERAÏNS ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 fév. 1972, n° 70-11. 533 ; Cass. civ. 2^{ème} 12 déc. 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 317, *note* THÉRY.

foi qu'il faut lui attacher, soit relativement aux faits à prouver (l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux), soit relativement aux personnes auxquelles on l'oppose »¹⁹⁶². Venant donc consolider l'autorité de la chose jugée et considérée « comme un bastion avancé de la chose jugée »¹⁹⁶³, la force probante ne porte cependant que sur les énonciations relatives aux constatations des arbitres. Il en va de même des énonciations relatives à la date et au lieu de la sentence, au déroulement de la procédure¹⁹⁶⁴, à l'audition des parties¹⁹⁶⁵ ou celle d'un témoin¹⁹⁶⁶, à la communication des pièces¹⁹⁶⁷, au rappel des prétentions et moyens des parties, ou encore à la décision de proroger le délai de l'arbitrage sur accord des parties¹⁹⁶⁸.

1295. En conclusion, si la règle de l'attraction a des effets indirects sur l'autorité et sur la force probante de la chose jugée, elle peut avoir également des conséquences indirectes sur la reconnaissance et l'exéquatur des sentences. C'est ce que nous allons nous attacher à démontrer.

2. Les effets indirects de la règle sur la reconnaissance et l'exéquatur de la sentence

1296. **La règle unifiée et la prévention contre le refus d'exéquatur.** La sentence arbitrale, qu'elle soit rendue sur le territoire national¹⁹⁶⁹ ou à l'étranger¹⁹⁷⁰, n'a pas tous les attributs d'un jugement, et pour cause, puisque l'arbitre ne dispose pas de la totalité de l'*imperium* du juge étatique, mais d'une parcelle de cet *imperium* liée à la *juridictio* : l'*imperium mixtum*¹⁹⁷¹. Dès lors qu'il est privé de l'*imperium merum*, c'est-à-dire le pouvoir « de commandement et de contrainte »¹⁹⁷², la sentence rendue n'a pas de plein droit force exécutoire, ce qui implique ipso facto le recours à l'*exequatur* lorsque la partie condamnée, récalcitrante, n'exécute pas spontanément la sentence. À ce titre,

¹⁹⁶² Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 476, v. force.

¹⁹⁶³ Philippe THÉRY, *note sous* Cass. civ. 2^{ème}, 1991, *op. cit.*, p. 325.

¹⁹⁶⁴ CA Paris, 24 mars 2005, *JCP* 2005, I, 179, n° 7, obs. ORSCHEIDT.

¹⁹⁶⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 12 déc. 1990, préc. cité.

¹⁹⁶⁶ CA Paris, 28 nov. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 445, *note* BELLOC ; v. aussi : CA Paris, 30 mars 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 62.

¹⁹⁶⁷ CA Paris, 25 fév. 1994, *Rev. arb.*, 1995, p. 129, obs. VÉRON.

¹⁹⁶⁸ CA Paris, 26 oct. 2000, *Gaz. Pal.*, 2001, n° 321, p. 22 ; *RTD. com.*, 2001, p. 53, obs. LOQUIN, *Rev. arb.*, 2001, p. 199, (5^{ème} espèce), *note* PINSOLLE.

¹⁹⁶⁹ Art. 1487, al. 1^{er}, du CPC : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exéquatur émanant du tribunal judiciaire dans le ressort duquel cette sentence a été rendue ».

¹⁹⁷⁰ Art. 1516, al. 1^{er}, du CPC : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exéquatur émanant du tribunal judiciaire dans le ressort duquel elle a été rendue ou du tribunal judiciaire de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger ».

¹⁹⁷¹ Charles JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in, Mél. Pierre BELLET, Litec, 1991, p. 245.

¹⁹⁷² *Ibid.*, p. 265.

l'alinéa 1^{er} de l'article 1516 du CPC dispose que : « *La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal judiciaire dans le ressort duquel elle a été rendue ou du tribunal judiciaire de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger* ». Outre le fait qu'il permet d'ordonner l'exécution de la sentence, le recours à l'*exequatur* est une occasion pour le juge judiciaire de vérifier sommairement¹⁹⁷³ et de contrôler la « *conformité apparente* »¹⁹⁷⁴ de la sentence à l'ordre public. D'ailleurs en ce sens, nous pensons qu'il est de l'intérêt de la partie condamnée d'exiger de la partie la plus diligente, ou la demander elle-même¹⁹⁷⁵, l'ordonnance d'*exequatur*, car celle-ci peut être, dans le cas où la partie perdante douterait de la conformité de la sentence à certaines conditions, un moyen pour elle d'ouvrir un ultime contrôle qui pourrait, en cas de contrariété à l'ordre public, faire obstacle à l'exécution de la sentence. Dans le cas contraire, elle sera pour la partie gagnante une confirmation définitive de la sentence. Néanmoins, il faut dire que plusieurs raisons peuvent amener une partie perdante à ne pas exécuter spontanément la sentence : volonté d'échapper au paiement, gain de temps... etc¹⁹⁷⁶. Observons que la demande d'exécution forcée ne peut se présenter, en principe, que lorsque la sentence est irrévocable, c'est-à-dire lorsque les parties ne font pas usage des voies de recours suspensives qui sont à leur disposition — une irrévocabilité de la sentence à ce stade est dans la plupart des cas la conséquence de la non-réaction des parties qui, volontairement ou involontairement, laissent le délai imparti pour exercer ces voies de recours s'écouler —. *A contrario*, la cour d'appel procédera à un contrôle approfondi de la sentence.

1297. Ainsi, et sans entrer dans les détails, les dispositions de l'article 1488 du CPC, applicables aux sentences rendues en interne, et celles de l'article 1514 du même Code, applicables aux sentences rendues à l'étranger, sont très explicites. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 1488 dispose que : « *L'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public* », alors que l'article 1514 énonce que : « *Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement*

¹⁹⁷³ V. en ce sens : Philippe FOUCHARD, JDI 1982, p. 374, spéc. 65.

¹⁹⁷⁴ CA Paris, 11 juill. 1978, *Rev. arb.*, 1978, p. 538, note VIATTE.

¹⁹⁷⁵ V. en ce sens : CA Paris, 5 déc. 1963, *D.* 1964, p. 582, note ROBERT ; JCP 1964, II, 13481, note NEPVEU. Il y a cependant exception lorsque la sentence est rendue à l'étranger, car il est craint que la partie perdante demande l'exequatur en France afin, ensuite, de faire recours à l'ordonnance d'exequatur pour ainsi infirmer la sentence. V. Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 885, p. 557.

¹⁹⁷⁶ V. en sens : Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 870, p. 549 ; Charles JARROSSON, « *L'acceptabilité de la sentence* », *Rev. arb.*, 2012, p. 793 ; Philippe FOUCHARD, « *Où va l'arbitrage international ?* », *Rev. dr. McGill*, 1989, n° 400, p. 492.

contraire à l'ordre public international ». En raison du caractère non contradictoire de la procédure de demande d'*exequatur*, l'examen de la sentence par le juge, on l'a dit, est superficiel et ne peut donc être approfondi. Le principe de non-révision au fond des sentences¹⁹⁷⁷ restreint donc le pouvoir de contrôle et prohibe au juge d'aller jusqu'à contrôler le bien-fondé de la sentence. Ainsi, lors de l'examen de la sentence, le juge de l'*exequatur* va s'interroger sur deux points essentiels. D'un côté, il va vérifier si la sentence existe et si elle est véritable. Autrement dit, il va observer si la décision qui lui a été soumise présente les caractéristiques d'une sentence¹⁹⁷⁸. De l'autre côté, il va examiner si elle n'est pas, en apparence, contraire à l'ordre public. On se demande alors quels pourraient être les motifs qui seraient en mesure de révéler une contrariété « manifeste » à l'ordre public, et si le cas d'une pluralité de décisions contradictoires, dont l'évitement est assuré par la règle de l'opposabilité, pourrait en faire partie.

1298. Au sujet de la condition de l'existence de la sentence, celle-ci est prévue *expressément* à l'article 1514 du CPC et *implicitement* aux articles 1487 et 1488 du même Code. Au sens de ces articles, l'existence de la sentence est attestée par la production d'un original ou une copie de la sentence. Si l'acte produit n'est pas une sentence, l'*exequatur* ne peut être accordée. Cela signifie que le juge ne va pas jusqu'à vérifier la qualification d'une sentence au regard de l'acte qui lui a été présenté, sinon il est craint que le pouvoir de contrôle *prima facie* soit élargi. Selon les termes d'une jurisprudence ancienne, le juge peut refuser la demande d'*exequatur* « si l'acte qui lui est soumis n'a pas un caractère contentieux et ne constitue pas une sentence arbitrale ou si son inexistence est flagrante (...) »¹⁹⁷⁹.

1299. Quant à la seconde condition, le juge doit s'assurer que la sentence ne fait pas apparaître de contrariétés manifestes à l'ordre public. Ainsi, il a été jugé par exemple que la sentence qui est contraire au principe de suspension des poursuites individuelles ne peut obtenir *exequatur*¹⁹⁸⁰. De même, et c'est l'illustration qui nous intéresse ici, il a été décidé que lorsqu'une sentence est inconciliable avec une sentence, ou un jugement, reconnu en France, c'est-à-dire en présence d'une

¹⁹⁷⁷ Valérie CHANTEBOUT, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, Thèse de doctorat, droit, dir. Charles JARROSSON, Paris II, 2007.

¹⁹⁷⁸ V. Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHIEDT, *op. cit.*, n° 423 et s., p 414 et s.

¹⁹⁷⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 17 juin 1971, *JCP* 1971, II, 16 914, note LEVEL ; *Rev. arb.* 1972, p. 10, note MOREAU.

¹⁹⁸⁰ Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-18.849, F+P+B, *D.* 2020, p. 2286 ; *Ibid.* 2484, obs. CLAY ; *D.* 2021. 1736, obs. LUCAS et CAGNOLI ; *Ibid.* 1832, obs. D'AVOUT ; *RTD civ.*, 2021, p. 486, obs. CAYROL ; *RTD com.*, 2021, p. 192, obs. MARTIN-SERF ; *RTD com.*, R555, obs. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2021, p. 241, note BUREAU ; *RDCIP* 2022, p. 63, note FARNOUX : « Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers est à la fois d'ordre public interne et international (...) l'exequatur ne saurait, sans méconnaître le principe susvisé, rendre exécutoire une condamnation du débiteur à paiement de sommes d'argent ».

incompatibilité juridique de leurs effets¹⁹⁸¹, le juge peut en refuser la reconnaissance ou l'*exequatur*¹⁹⁸². Effectivement, la Cour de cassation précisait qu'en déclarant la demande d'*exequatur* recevable « *sans chercher ainsi qu'il le lui était demandé, si la demande d'exequatur ne se heurtait pas à l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction du 5 septembre 2007, le président du tribunal de grande instance n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Ainsi, quelles que soient les raisons qui ont poussé les fors d'un pays étranger, d'où émane cette contradiction, à rendre de telles décisions — non-reconnaissance de la règle de l'opposabilité, interprétation très restrictive de la règle, etc. —, l'ordre public français ne peut souffrir d'accueillir deux décisions contradictoires.

1300. Tout bien considéré, et sans énumérer les cas typiques de contrariété ou d'inconciliabilité de décisions, ou de sentences, qui ne peuvent recevoir *exequatur* sur le territoire national, on voit clairement que les impacts de la règle de l'opposabilité, qui ne sont pas seulement apparents dans les premières phases du contentieux, se poursuivent jusqu'à la fin de la procédure. Partant de son rôle curatif, la règle permet d'éviter que soient rendues, sur le territoire français, deux décisions ou sentences contradictoires ou inconciliables portant sur un litige mettant en cause une tierce immixtion. Dans le cas où les autres remèdes à la fragmentation et au parallélisme ne fonctionneraient pas, l'inexistence de la règle de l'opposabilité implique que les litigants se retrouveraient dans une situation où les décisions, rendues à propos du différend qui les oppose, ne seront pas appliquées, car elles seront dépourvues d'autorité et de force probante de la chose jugée, sans oublier qu'elles ne peuvent recevoir reconnaissance ou *exequatur*. Si les impacts, directs et indirects, de la règle de l'opposabilité sur la procédure ne font aucun doute, il se trouve que la règle produit également d'autres effets pouvant être visibles en droit de l'arbitrage. C'est ce que nous essayerons de démontrer dans les développements suivants.

§2 L'impact sur le droit de l'arbitrage

¹⁹⁸¹ Claire DEBOURG, *Les contrariétés de décisions...*, *op. cit.*, n° 345 et s., p.293 et s. :

¹⁹⁸² V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n° 11-23.801 et n° 11-25.123, *JurisData* n° 2013-005519 ; JCP G 2013, act. 409, *obs.* LE BARS ; CA Paris, pôle 1, ch. 1^{ère}, 9 sept. 2010, *Rev. arb.*, 2011, p. 970, *note* DEBOURG ; *CAPJIA*, 2011, p. 413, *note* MAYER.

1301. L'extension des effets de la convention d'arbitrage et sa transmission — règle de l'opposabilité — sont aujourd'hui inscrites dans les usages du commerce. Le domaine de l'arbitrage, après avoir été longtemps limité en raison d'un contexte législatif hostile, s'est vu peu à peu s'étendre à des questions autrefois réservées à la justice publique, en particulier la question des tiers non-signataires impliqués. Nous avons vu comment la jurisprudence, et pour arriver à cette consécration, a élaboré un régime très libéral de la convention d'arbitrage au moyen de règles matérielles. Visant avant tout le droit de l'arbitrage international, mais certaines d'entre elles trouvent également écho en matière interne, ces règles assurent à la convention d'arbitrage une efficacité maximale. À l'instar du principe de l'autonomie ou de séparabilité, qui a évolué vers un principe de validité, faisant détacher la convention d'arbitrage du contrat et de toute loi étatique, la règle de l'opposabilité ou de l'attraction semble être dictée par la même volonté, celle d'accentuer l'efficacité de la convention d'arbitrage (A). Par conséquent, si la règle de l'opposabilité donne une plus grande efficacité à la convention d'arbitrage, elle participe également au renforcement de la compétence de l'arbitre, car la convention d'arbitrage produit un effet négatif et positif — principe compétence-compétence — (B).

A. L'impact sur la convention d'arbitrage

1302. Le renforcement de l'efficacité de la convention d'arbitrage. On a vu jusqu'à présent que la fondation de la règle de l'attraction réside dans divers objectifs tels que la transparence, la bonne administration de la justice, l'équité, ou encore dans le but de faire du droit français de l'arbitrage international un droit libéral susceptible d'intéresser les opérateurs du commerce international. Mais il existe un autre fondement qui, faisant l'unanimité parmi la doctrine, nous semble fondamental et sans lequel les objectifs cités ne peuvent être atteints : il s'agit du fondement qui consiste à conférer à la convention d'arbitrage une efficacité maximale. Ainsi, à la question de savoir si les mécanismes d'extension et de transmission concourent à l'efficacité de l'arbitrage, il serait presque permis de répondre en un seul mot et sans qu'il y ait besoin de démonstration : oui. Ces mécanismes sont dictés par la volonté de donner à la convention d'arbitrage une efficacité maximale. Et l'on pourrait même ajouter que ceux-ci participent de plus en plus à cette efficacité, surtout après leur avoir proposé un cadre bien plus libéral. En effet, toutes les jurisprudences que l'on

a pu citer à ce sujet témoignent de cette faveur, jusqu'à se demander si la règle de l'attraction ou de l'opposabilité n'a pas trop rendu efficace cet arbitrage au point de voir l'arbitre prendre la place du juge étatique pour trancher les litiges qui naîtraient de l'implication d'une tierce personne en tant que for naturel.

1303. Aujourd'hui, il est évident de penser que la décision de transmettre ou d'étendre la convention d'arbitrage à l'égard des tiers non-signataires, en raison de leur qualité d'ayant cause à titre particulier ou à cause de leur implication dans le contrat contenant la clause d'arbitrage, car elle répond pleinement à un besoin inné des milieux économiques¹⁹⁸³ et, est dictée avant tout par un objectif de politique juridique se traduisant par la volonté de donner à la convention d'arbitrage la plus grande efficacité¹⁹⁸⁴. Mais, il faut dire tout de même que ce mouvement de valorisation concerne davantage la clause compromissoire que le compromis, car l'efficacité du compromis est très rarement éprouvée en ce qu'il intervient après la naissance du litige — dans cette phase, il faut un certain accord pour pouvoir régler le désaccord et, il est très rare de s'y soustraire après l'avoir conclu —, alors que l'efficacité de la clause peut être confrontée à de multiples obstacles qui pourraient sans coup férir justifier sa contestation. Ces obstacles peuvent être liés à l'évolution des mentalités — les parties ne sont plus enthousiasmées par l'arbitrage et demandent la saisine des juridictions étatiques —, la rédaction lacunaire de la clause qui ne posait pas de difficultés quand tout allait bien, ou encore en raison d'une éventuelle immixtion des tiers non-signataires, etc. Justement, l'une des voies qu'emprunte la contestation de la clause d'arbitrage est celle qui concerne l'opposabilité de la convention d'arbitrage. En effet, c'est en raison des hypothèses de l'extension qui s'appuient sur des éléments éminemment factuels, dépendant des circonstances de chaque espèce, dont on déduit le consentement des tiers non-signataires — qualifié par certains auteurs de « *consentement fiction* »¹⁹⁸⁵, de « *consentement artificiel* »¹⁹⁸⁶, ou encore de « *forçage de consentement* » —¹⁹⁸⁷ va être déployé pour valider la clause d'arbitrage, afin de lui faire produire l'effet de l'attraction que l'on connaît, que la casuistique est alors engendrée, ouvrant ainsi la voie à la contestation de l'arbitrage.

¹⁹⁸³ Jean ROBERT, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, op. cit., n° 276, p. 343.

¹⁹⁸⁴ Jean baptiste RACINE, op. cit., n° 343, p. 259.

¹⁹⁸⁵ Philippe LE BOULANGER, op. cit., p. 70.

¹⁹⁸⁶ Thomas CLAY, « *L'efficacité de l'arbitrage* », LPA, n° 197, 2 oct. 2003, p.4

¹⁹⁸⁷ Utilisant cette expression : Daniel COHEN, « *Arbitrage et groupes de contrats* », op. cit., p. 477 ; Philippe DELEBECQUE, « *Opposabilité de la clause compromissoire aux victimes exerçant leur action directe contre les assureurs de responsabilité* », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2018, n° 17-28.951, *Voies navigables de France c./Sc Navi SRL, DMF*, n° 810, fév. 2019.

1304. D'ailleurs, on l'a vu, la jurisprudence, « *aveuglement favorable à l'arbitrage* »¹⁹⁸⁸, a progressivement évacué, en raison des appréciations très extensives de la question de l'extension et de la transmission compromissaire, tout ce qui pouvait altérer l'efficacité de la convention d'arbitrage, et trouvait pour chaque attaque une riposte, car rien ne guide autant les tribunaux que l'efficacité de la convention d'arbitrage¹⁹⁸⁹. L'efficacité de l'arbitrage serait donc, selon M. RACINE, un « *méta-principe* »¹⁹⁹⁰ expliquant les solutions de la jurisprudence favorable à l'attraction. Selon M. CLAY : « *La recherche de l'efficacité de la convention d'arbitrage a ainsi été le moteur de l'évolution de son régime, au prix, parfois, de certaines contorsions théoriques. Le pragmatisme l'a donc emporté* »¹⁹⁹¹. De même, FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN disaient à ce propos que : « *Le juge étatique, loin de suspecter cette volonté [des parties] favorable à une justice privée, est au contraire chargé de lui donner un plein effet, soit en aidant à sa mise en place ou à son déroulement, quitte parfois à aller au-delà de ce qui a été strictement voulu, comme la jonction d'arbitrages connexes, soit enfin en se déclarant incompétent en présence d'une telle convention* »¹⁹⁹².

1305. Parlant justement des contorsions théoriques que l'on a pu admettre, et ce, dans l'objectif de favoriser la convention d'arbitrage afin de lui conférer une plus grande efficacité. Il y a la contorsion au critère volontariste de l'arbitrage manifestée, comme on l'a expliqué, par la solution qui consiste à se suffire du consentement implicite des tiers à l'arbitrage déduit de l'implication, qui est une donnée éminemment factuelle susceptible de diverses interprétations, et de la connaissance, condition qui n'est pas tout le temps respectée, pour justifier son attraction — bien que l'on peut estimer que la solution ne soit pas si choquante que cela puisse paraître, car les conditions dont elle est tirée ne sont pas arbitraires¹⁹⁹³ —. D'autres contorsions ont été de même autorisées en dépit de certains principes et l'on a admis l'applicabilité de la clause d'arbitrage malgré qu'elle soit douteuse. Ainsi, il a été par exemple admis, pour une efficacité de la convention d'arbitrage, que le caractère délictuel de l'action engagée ne suffisait pas à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage¹⁹⁹⁴, ou que l'indivisibilité de deux litiges dont l'un avait pour objet une action délictuelle, ne suffisait pas à faire obstacle à la clause

¹⁹⁸⁸ Thomas CLAY, *op. cit.*

¹⁹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁹⁰ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 327, p. 250.

¹⁹⁹¹ Thomas CLAY, *op. cit.*

¹⁹⁹² Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *op.cit.*, n° 187, p. 111

¹⁹⁹³ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 327, p. 250.

¹⁹⁹⁴ Cass. com., 4 juill. 2018, n° 17-13.067, D. 2018, 2452, *obs.* CLAY.

d'arbitrage¹⁹⁹⁵; ou encore plus récemment que l'impécuniosité ne relève pas de l'inapplicabilité manifeste et n'est donc pas de nature « à faire échec à l'application du principe compétence-compétence »¹⁹⁹⁶, bien que cette impécuniosité puisse être avancée par le plaideur impécunieux comme fondement pouvant donner lieu à un déni de justice. Il en résulte que la clause d'arbitrage est applicable tant qu'elle n'est pas frappée de nullité ou qu'elle n'est pas manifestement inapplicable, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas affectée de malfaçons¹⁹⁹⁷ ou lorsqu'elle ne présente pas une indifférence objective à l'égard du contrat litigieux¹⁹⁹⁸, et ce, même en cas de doute sur l'inapplicabilité, car cela profite à la compétence prioritaire des arbitres¹⁹⁹⁹.

1306. Ainsi, lorsque l'on décide d'opposer la clause compromissoire à une partie non-signataire, celle-ci doit passer par l'examen de l'inapplicabilité et une analyse et interprétation des liens susceptibles d'exister entre la convention litigieuse et le tiers. En vérifiant l'implication et la connaissance de ces derniers, l'arbitre ou le juge tirera les conséquences de son examen. S'il conclut à l'absence d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers, l'arbitre se déclarera compétent pour statuer sur le litige qui met en cause un non-signataire. Dans le cas contraire, il se désistera et renverra les parties à mieux se pourvoir. Qu'en est-il à présent de l'impact de la règle de l'opposabilité sur la compétence de l'arbitre ?

B. L'impact sur la compétence de l'arbitre

1307. Triple effet de la convention d'arbitrage. Outre son effet opposable, la convention d'arbitrage produit un effet négatif et un effet positif sur la compétence de l'arbitre. Négativement, elle « exclut toute compétence des juridictions étatiques pour connaître du litige »²⁰⁰⁰. Positivement, elle « est la source de la compétence du tribunal arbitral et de l'obligation pour les parties de lui soumettre leur litige »²⁰⁰¹. Ces trois effets ne

¹⁹⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, n° 99-19.319, (*Quarto Children*), préc. citée.

¹⁹⁹⁶ V. CA Paris, 30 juin 2021, n° 21. 02-568, JCP 2021, 1280, §2, obs. GIRAUD; D. 2021, obs. JOURDAN-MARQUES. V. également : CA Paris, 20 oct. 201, n° 21-06.054, D. 2021, obs. JOURDAN-MARQUES.

¹⁹⁹⁷ CA Aix-en-Provence, 23 fév. 2006, (*Sté UOP NV c./Sté BP France*). La cour a jugé que : « Le caractère parfaitement contradictoire des termes d'une clause qui désigne de façon impérative deux institutions arbitrales distinctes, dont les modalités de fonctionnement et les règlements sont différents, ne permet pas de déterminer la juridiction arbitrale compétente et, par conséquent, de conférer à l'une des juridictions arbitrales désignées concurremment le pouvoir de statuer sur sa compétence, ce qui la rend manifestement inapplicable dès lors qu'elle ne peut faire l'objet d'une interprétation ».

¹⁹⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, n° 01-13.831, (*Bureau Veritas*), RCDIP 2005, p. 486 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, (*Sté Champion c./Sté Recape*) ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, (*Andhica Lines*).

¹⁹⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, (*Alhinc c./BRI*).

²⁰⁰⁰ V. en ce sens : Claire DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, op. cit., n° 217, p. 182.

²⁰⁰¹ *Id.*

peuvent être créés que lorsque la convention d'arbitrage est valable entre les parties. En l'absence de son effet opposable, la convention d'arbitrage ne produit ses effets négatif et positif sur la compétence que lorsque le litige est strictement causé par les parties. Ainsi, et partant du postulat que la règle de l'opposabilité soit inexistante, l'arbitre, en présence d'un litige mettant en cause un tiers, n'est pas en mesure de se prononcer en premier sur sa compétence et sur l'étendue de celle-ci et le juge étatique ne sera pas empêché de connaître le litige en question. Il s'agit donc ici d'examiner les conséquences de l'effet opposable de la convention d'arbitrage sur les deux effets du principe compétence-compétence.

1308. La règle de l'opposabilité et l'élargissement du champ d'application de l'effet négatif. En principe, l'existence d'une convention d'arbitrage emporte incompetence des juridictions étatiques. Tout litige dont la connaissance est soumise simultanément à plusieurs juridictions, donnant ainsi lieu à une concurrence de compétences, est le signe d'un dysfonctionnement de l'arbitrage, ou d'une inefficacité des mécanismes palliant la dispersion du contentieux²⁰⁰². Une auteure citée disait en ce sens que : « *Le fait que la connaissance du litige ait été accordée simultanément à plusieurs juridictions est le signe d'une déficience dans la répartition de la compétence* »²⁰⁰³. Il faut dire tout de même que la répartition de la compétence est en partie assurée par les mécanismes remédiant à la fragmentation du contentieux. Très succinctement, rappelons que ces mécanismes sont nombreux. Certains, sont préventifs d'autres, curatifs. Pour ce qui est des remèdes préventifs, nous avons évoqué le principe compétence-compétence et l'exception de l'autorité de la chose jugée. Pour les remèdes curatifs, il était question des exceptions de litispendance et de connexité, la méthode des *Anti-suits injunctions* et bien entendu la règle de l'attraction. Pour n'évoquer que les mécanismes couramment employés en droit français, la déficience du principe compétence-compétence peut résulter de manière générale d'un dysfonctionnement de l'arbitrage — pathologie de la clause, variété de l'offre juridictionnelle arbitrale, etc. —, empêchant ainsi la convention de déployer ses effets

²⁰⁰² Nous avons dit que ces mécanismes étaient nombreux. Certains sont préventifs d'autres curatifs. Pour ce qui est des remèdes préventifs, nous avons évoqué le principe de compétence-compétence et l'exception de l'autorité de la chose jugée. Pour les remèdes curatifs, il était question des exceptions de litispendance et de connexité, la méthode des *Anti-suits injunctions* et bien évidemment la règle de l'attraction. Pour ne parler que du dysfonctionnement des mécanismes couramment déployés, la déficience du principe de compétence-compétence peut résulter de manière générale d'un dysfonctionnement de l'arbitrage — pathologie de la clause, variété de l'offre juridictionnelle arbitrale, etc. —, pour ce qui est des exceptions de litispendance et de connexité la déficience peut résulter, pour la première, d'une répétition d'une même demande et pour la seconde, de la dispersion des demandes liées. Quant à la règle de l'attraction, celle-ci ne peut fonctionner qu'aux conditions que nous avons déjà citées.

²⁰⁰³ Claire DEBOURG, *op. cit.*, n° 213, p. 181.

négalif et positif. Du côté des exceptions de litispendance et de connexité, l'insuffisance peut provenir, pour la première, d'une répétition d'une même demande et pour la seconde, de la dispersion des demandes liées. Quant à la règle de l'attraction, celle-ci ne peut fonctionner qu'aux conditions que nous avons déjà citées. Précisons simplement que la situation de concurrence entre deux juridictions qui sera envisagée ici est celle qui oppose un tribunal arbitral à une juridiction étatique, et ce pour deux raisons. D'un côté, ce type de concurrence est rencontré souvent en présence d'une tierce personne non-signataire. De l'autre côté, la concurrence entre deux tribunaux arbitraux relativement à un même litige est très rare²⁰⁰⁴.

1309. En réalité, la problématique de la concurrence entre compétence étatique et compétence arbitrale doit en principe être résolue en amont et réglée par avance au moyen de l'effet négatif de la convention d'arbitrage²⁰⁰⁵. Toutefois, dans le cas d'un contentieux mettant en cause une tierce personne non-signataire, la privation du juge étatique de sa compétence de statuer sur le fond du litige n'est rendue possible qu'avec le concours de la règle de l'attraction. En effet, sans l'existence de la règle de l'opposabilité, laquelle habilite l'arbitre à attirer une tierce personne impliquée ou ayant reçu à titre particulier la clause d'arbitrage, rien n'autoriserait le dessaisissement du juge étatique, car ce dernier sera parfaitement en droit de statuer sur le litige mettant en cause une personne qui n'est pas concernée par l'arbitrage puisque non-signataire de la convention. L'incompétence du juge étatique ne sera alors déclarée que lorsqu'il y a concurrence entre juridictions provoquée par les parties signataires, c'est-à-dire dans la situation où l'une des parties signataires agit devant un juge étatique et l'autre devant le tribunal arbitral. En fait, en l'absence de la règle de l'opposabilité, l'effet négatif ne vient prioriser la compétence de l'arbitre qu'en cas de litiges nés entre les seules parties signataires de la convention d'arbitrage. En élargissant donc les sujets de l'arbitrage, la règle de l'opposabilité permet en même temps un élargissement du champ d'application de l'effet négatif, ce qui donne la possibilité à l'arbitre de connaître d'autres configurations, notamment celle qui prend en considération la question des tierces personnes non-signataires.

1310. La règle de l'opposabilité et le renforcement de l'efficacité de l'effet positif de la convention d'arbitrage. De la même façon, si la règle de l'opposabilité contribue à l'élargissement de la portée de l'effet négatif de la convention d'arbitrage et, par voie de conséquence, renforce son efficacité, elle participe également à

²⁰⁰⁴ *Ibid.*, n° 217, p. 182.

²⁰⁰⁵ *V. Ibid.*, n° 218, p. 185.

l'efficacité de l'effet positif. En effet, si l'effet positif permet à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence et, à l'extrême, se déclarer éventuellement incompetent²⁰⁰⁶, la compétence donnée à l'arbitre pour connaître de sa propre compétence à propos d'un litige mettant en cause une tierce personne n'est rendue possible, là encore, que par l'entremise de la règle de l'opposabilité. Sans une règle édictant à l'arbitre les conditions de l'attraction d'un tiers, la compétence de la compétence, qui lui est en principe reconnue, ne pourra lui être attribuée que dans le cas d'un litige causé par les parties signataires. Autrement dit, c'est parce que les tiers peuvent être attirés à l'arbitrage des parties selon un cadre bien défini que l'arbitre peut décider d'étendre sa compétence pour statuer sur le fond du litige qui lui est présenté.

1311. Cela dit, en prenant en considération la règle de l'attraction comme élément permettant l'appréciation de l'étendue de la compétence de l'arbitre à propos d'un litige qui, à défaut de la règle de l'opposabilité, devrait relever de la compétence du juge étatique, l'arbitre ne s'attribue-t-il pas la qualité du juge étatique ? En effet, ne faudrait-il pas, lorsque la question de l'attraction est soulevée, saisir le juge étatique pour que ce dernier décide de la compétence ou de l'incompétence de l'arbitre, et ce n'est qu'après avoir décidé de la compétence de l'arbitre que les litigants, tiers compris, puissent revenir devant l'arbitre ? D'où la question d'ailleurs de savoir si l'arbitre ne serait-il pas devenu « *un juge naturel* » pour trancher les litiges mettant en cause une tierce implication ? Ce qui est sûr, c'est qu'après avoir été longtemps restreint de n'apprécier l'étendue de sa compétence que sur des questions qui ne relevaient pas de la compétence du juge étatique, à l'instar de l'examen de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage²⁰⁰⁷, la jurisprudence²⁰⁰⁸ et, dans un second temps, le législateur²⁰⁰⁹, lui reconnaissent aujourd'hui la faculté de se prononcer sur toute question intéressant la convention d'arbitrage et son étendue, notamment *rationae materiae* et *rationae personae*.

Conclusion de la section II

²⁰⁰⁶ Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n° 377, p. 280.

²⁰⁰⁷ V. en ce sens : *Ibid.*, n° 378, p. 280.

²⁰⁰⁸ Cass. com, 22 fév. 1949, *JCP* 1949, II, 4899, note MOUTULSKY ; S. 1949, 1, 73 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 1971, *RCDIP*, 1972, (2^{ème} espèce), note MEZGER ; *JDI* 1972, p. 62, note Oppetit ; *Rev. arb.*, 1972, p. 2, note KHAN. Cité par *Id.*

²⁰⁰⁹ L'article 1465 du CPC — ancien art. 1466 issu du décret du 14 mai 1980 — dispose que : « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* ».

1312. Bilan de l'impact de la règle de l'opposabilité. De précieux enseignements ont été tirés de l'étude de l'impact de la règle de l'opposabilité. Cette étude a permis de soulever deux effets majeurs de la règle : un sur la procédure, l'autre sur le droit de l'arbitrage. S'agissant tout d'abord des effets sur la procédure, la règle de l'opposabilité intervient dans trois phases :

1313. Avant le début de la procédure, la règle de l'opposabilité vient en prévention de deux risques majeurs : la dispersion du contentieux et le développement des procédures parallèles, mais prévient également contre les nocivités qui peuvent en résulter, à savoir le risque d'éventuelles contrariétés de décisions. Dans cette phase, la règle de l'opposabilité se dresse comme une arme de dissuasion et elle rappelle aux tiers, mais aussi aux parties, les conséquences procédurales d'une possible immixtion ou débordement de droits. Mais si les tiers reçoivent la clause d'arbitrage par transmission ou décident tout de même de s'immiscer, la règle intervient une seconde fois pour orienter la procédure.

1314. Effectivement, au début de l'instance, l'intervention de la règle est curative, elle agit sur le contentieux en le concentrant devant l'arbitre, et ce toujours dans le but d'éviter la contrariété de décisions et de veiller à une bonne administration de la justice. La concentration du contentieux est une étape importante, car les conséquences de celle-ci seront visibles à l'issue de l'instance. En effet, à la fin de la procédure, la règle de l'opposabilité, qui a œuvré à ce que le contentieux soit conduit de manière unifiée donnant ainsi lieu à une seule décision cohérente, aura alors permis la création implicite de l'autorité et de la force probante de la chose jugée. Nous avons démontré comment l'évitement du risque de contrariété, d'inconciliabilité ou d'incohérence de décisions permet de doter la sentence arbitrale des attributs d'un véritable jugement pouvant être exécuté spontanément. Ces attributs permettent également, si la partie la moins diligente refuse de s'exécuter, la reconnaissance et l'*exequatur* de la sentence.

1315. Relativement aux impacts sur le droit de l'arbitrage, là encore la règle de l'opposabilité participe à la consolidation et au renforcement de l'efficacité de la convention d'arbitrage et agit sur la compétence de l'arbitre. L'effet mobilisateur ou d'attraction de la convention d'arbitrage constitue, à côté du principe d'autonomie — qui a évolué en un principe de validité et d'efficacité —, un principe fondateur de l'arbitrage.

Conclusion du chapitre II

1316. La règle de l'opposabilité : une règle universelle, indispensable et fondatrice de l'arbitrage. Le traitement de l'impact de la conception renouvelée de la règle de l'opposabilité se révèle déterminant pour mesurer l'influence qu'il faut reconnaître à cette conception renouvelée sur la conceptualisation de l'opposabilité en droit processuel de l'arbitrage. La synthèse que l'on a faite de tous les éléments constituant la règle de l'opposabilité permet en effet de soutenir que le système de l'attraction est universel, indispensable et fondateur de l'arbitrage.

1317. *Universel*, parce que la règle s'applique à toute personne tierce au rapport contractuel impliquée dans la réalisation, l'exécution ou à la résiliation d'un contrat contenant la clause d'arbitrage, ou se retrouve dans une position d'ayant cause à titre particulier, et ce, peu importe que ce contrat soit interne ou international. Autrement dit, la règle de l'opposabilité est applicable de la même façon en matière interne et internationale.

1318. *Indispensable*, car sans cette règle le litige ne pourrait se tenir de manière unifiée, sa connaissance sera fragmentée et sa résolution risque d'entrer en contradiction avec d'autres décisions dont la procédure a été conduite en parallèle.

1319. *Fondateur* de l'arbitrage, puisque sans cette règle, la convention n'aura pas atteint l'efficacité qu'elle connaît aujourd'hui. Aussi, l'efficacité de l'arbitrage est assurée grâce à trois effets majeurs : l'effet d'immunisation contre les causes d'anéantissement du contrat — autonomie matérielle — ; l'effet d'émancipation de toute loi étatique et de la méthode conflictualiste — autonomie juridique —, et enfin l'effet mobilisateur — l'effet d'attraction par extension et transmission —²⁰¹⁰.

Conclusion du titre II

1320. Bilan de la conception renouvelée de la règle de l'opposabilité. Parvenus à leur terme, les développements qui précèdent doivent conduire à la conclusion suivante : l'opposabilité telle qu'admise aujourd'hui nécessite une nouvelle lecture, celle de l'uniformisation en prenant en compte les apports du droit français de

²⁰¹⁰ V. Jean Pierre ANCEL, « Un remède : la concentration du contentieux devant l'arbitre... », *op. cit.*, p. 143 et s.

l'arbitrage international. Atteignant le champ d'application de la règle de l'opposabilité, surtout en matière interne, les limites d'ordre objectif et subjectif sont loin d'être anecdotiques et pèsent lourd, en réalité, dans le contenu même du principe. C'est la raison pour laquelle il était nécessaire de revoir certaines règles de droit interne, moins libérales et plus restrictives, comme celles qui ouvrent la voie à l'attraction et celles qui la conditionnent. En effet, l'idée directrice était de proposer, pour ce qui est des règles ouvrant la voie à l'attraction, un abandon du cloisonnement des droits interne et international eu égard à la forme et au domaine de la convention d'arbitrage. Ainsi, nous étions pour que la convention d'arbitrage interne puisse bénéficier des mêmes avantages et solutions libérales à l'instar de ce qui est en vigueur en matière internationale. Autrement dit, proposer l'éviction du formalisme, l'abandon des restrictions liées au contenu et à l'interprétation de la portée de la convention, mais également suggérer un élargissement de la matière arbitrale et une extension de principe de l'arbitrabilité subjective à toute personne morale de droit publique impliquée à l'opération commerciale. Quant à l'exigence principale conditionnant l'attraction, nous avons avancé une nouvelle approche permettant la recherche de la volonté des tiers.

1321. Aussi, il était indispensable d'apporter des réponses aux interrogations sur certaines justifications avancées et fragilisant la règle de l'attraction. Nous avons tenté de fournir un cadre pertinent à la théorie de groupe de contrats ou de sociétés. On a dû aussi revoir le processus d'attraction en présence d'actes déloyaux en les objectivant. Chemin faisant, nous nous sommes rangés aux côtés de certains auteurs de la doctrine qui pensent que rien n'empêche d'opposer à la caution et au garant autonome la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de garantie. De même, nous avons tenté d'apporter une réponse à la paralysie de l'opposabilité de la convention d'arbitrage en présence d'un tiers impécunieux. La solution était celle de la mutualisation des frais liés à l'arbitrage, solution qui concerne à la fois le tiers impécunieux, mais également tous ceux qui se retrouveraient dans une pareille situation.

1322. Enfin, la consécration des deux éléments extrajuridiques justifiant le rayonnement de l'arbitrage, à savoir le principe de la bonne administration de la justice et le critère de l'influence du droit français à l'international a permis d'appréhender la règle sous sa dimension organique, politique et économique. Ce travail de renouvellement étant achevé, il a fallu par la suite mesurer l'impact de cette nouvelle conception sur la règle de l'opposabilité. Nous sommes parvenus à l'idée

suivante : la règle de l'opposabilité est universelle, indispensable et fondatrice de l'arbitrage.

Conclusion de la partie II

1323. Bilan de l'examen de l'efficacité du principe d'opposabilité en droit processuel d'arbitrage. Que ressort-il de l'étude de l'efficacité du principe de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage ? D'abord, on ne peut qu'être frappé par le nombre de limites touchant le principe, en particulier en arbitrage interne. Ces obstacles sont à la fois d'ordre juridique et objectif et extrajuridique et subjectif. Partant du constat selon lequel l'efficacité de la règle de l'opposabilité repose sur l'efficacité de la convention d'arbitrage, l'examen des éléments objectifs, notamment les conditions de validité de la convention d'arbitrage tirées du droit des contrats, des règles matérielles et du droit de l'arbitrage, a permis de soulever un très grand cloisonnement entre le droit interne et international de l'arbitrage. Les dispositions à la fois restrictives et moins libérales, appliquées à la convention d'arbitrage interne, contrastent en effet fortement avec les solutions très libérales assumées en droit français de l'arbitrage international. Pour ne citer que trois matières, le contraste est, en effet, saisissant en matière de formalisme, d'arbitrabilité objective et subjective et en matière de recherche et d'interprétation du consentement à l'arbitrage lorsqu'il est pathologique ou par référence.

1324. Si le cloisonnement est accentué en matière de validité de la convention d'arbitrage, il est toutefois atténué s'agissant des fondements de l'opposabilité. Peu importe la sphère de l'arbitrage, la règle de l'attraction est justifiée par les mêmes fondements et souffre des mêmes critiques. S'agissant d'une étude consacrée aux fondements de l'attraction, il pourrait être considéré qu'il est difficile d'en tirer des conclusions générales sur la certitude de certaines terminologiques et références avancées. Nous avons soulevé en effet le débat qu'il y a autour des fondements développés dans le cadre de groupe de sociétés. À cet effet, le premier argument critique était celui de l'incomplétude de la notion de la *lex mercatoria* et de l'appartenance à un groupe de sociétés comme motif valable pour justifier le cadre des groupes de sociétés et l'attraction des sociétés tierces. Le second argument concernait l'insuffisance des théories sanctionnant le comportement frauduleux ou

apparent des tiers. Des incertitudes similaires ont été également levées dans le cadre des groupes de contrats.

1325. Mais le point de convergence entre les deux sphères est celui des causes de paralysie de l'opposabilité. En effet, nous avons pu voir comment les tiers neutres — représentants parfaits, liquidateur judiciaire venant au profit des créanciers —, les tiers impécunieux, la caution ou le garant autonome ne pouvaient subir le rayonnement de l'effet compromissaire.

1326. Quant aux limites subjectives, l'examen a mis en évidence l'incertitude des fondements dits confortatifs pour venir justifier de manière isolée l'attraction des tiers. Effectivement, la doctrine voit en la bonne administration de la justice et l'équité des motifs qui viennent simplement conforter l'arbitre dans sa décision de l'attraction après avoir détecté une implication et pris en considération la connaissance du tiers de l'existence de la clause d'arbitrage. Il semble pourtant, au contraire, que ces éléments doivent être pris en compte au même titre que les exigences dites indispensables pour les raisons que nous avons rappelées. C'était d'ailleurs l'un des éléments de la conception renouvelée de l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage, mais il n'est pas le seul.

1327. En effet, et dans l'objectif de renforcer l'efficacité de la règle de l'opposabilité, il était nécessaire de consolider les acquis et solutions libérales du droit international tout en proposant leur transposition en matière interne afin d'avoir un régime unifié de l'opposabilité applicable dans les deux sphères de l'arbitrage. Cette conception renouvelée s'appuie donc sur une relecture des fondements juridiques et objectifs, mais également sur une consécration de certains éléments extrajuridiques et subjectifs. Ainsi, nous avons proposé, en matière interne, la réformation des exigences relatives au formalisme, au contenu de la convention d'arbitrage, à l'arbitrabilité objective et subjective. Nous avons donc proposé une rupture avec les exigences liées à l'écrit en le passant du stade d'obligation à celui-ci d'optionnalité pour les parties — reformulation de l'article 1443 du CPC —, à la désignation et modalité de désignation des arbitres en proposant également son optionnalité pour les parties — reformulation de l'article 1444 du CPC, à la portée de la convention d'arbitrage en incitant à une interprétation moins restrictive des clauses pathologiques. De même, nous avons proposé un élargissement de l'arbitrabilité objective en abrogeant l'alinéa 2 de l'article 2061 du Code civil, relatif à l'exigence de

professionnalité, et une extension de l'arbitrabilité subjective à toute personne morale impliquée dans une opération économique.

1328. Bien évidemment, toute règle renouvelée doit avoir des conséquences sur l'ordre juridique. Par conséquent, l'existence d'une règle unifiée de l'opposabilité a des effets d'abord sur la prévention, en ce qu'elle dissuade les tiers de toute implication ou atteinte au contrat, mais si implication il y a ou que celle-ci est rendue possible suite à une transmission à titre particulier, la règle de l'opposabilité intervient pour prévenir la fragmentation du contentieux et le développement des procédures parallèles, mais aussi pour éviter le risque de contrariété de décisions. Si fragmentation il y a, la règle intervient une dernière fois pour agir sur le contentieux en le concentrant, et ce, toujours dans le but d'éviter la contrariété de décisions et une mauvaise administration de la justice. Mieux, la règle de l'attraction agit indirectement sur l'autorité, la force probante, la reconnaissance et l'exéquatur de la chose jugée. Si la règle de l'opposabilité est en mesure d'agir sur la procédure et permet d'aboutir à de tels résultats, elle est alors un moyen indispensable à l'efficacité de la convention d'arbitrage et à la consolidation des principes fondateurs de l'arbitrage dont le principe compétence-compétence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1329. L'opposabilité à l'aune de l'arbitrage : une contribution à la théorie générale du contrat. À première vue, de la rencontre de l'arbitrage et de l'opposabilité ne pouvait naître un coup de foudre. Le premier revêt un caractère introverti, relatif, il n'est attiré que par un nombre limité de personnes, en l'occurrence celles qui le désirent, et il ne peut donc se lier d'amitié avec celles répondant au nom de « *tiers* ». Le second est au contraire épris de relations extracontractuelles, il n'existe que pour s'intéresser aux tiers. Pour autant, doit-on conclure au désamour définitif entre les deux mécanismes ?

1330. Nous avons cherché à démontrer le contraire. Opposabilité et droit de l'arbitrage peuvent s'apprivoiser, s'entendre et vivre en symbiose. Au terme de la présente étude, notre objectif aura été de proposer le rattachement du phénomène d'attraction au principe de l'opposabilité comme fonction nouvelle et d'ouvrir le débat sur son opportunité et son efficacité. L'idée sous-jacente est que l'opposabilité ne peut plus être pensée comme un principe propre au droit commun contractuel, mais un principe qui pourrait trouver application dans le droit de l'arbitrage et en droit processuel. Opposabilité et droit de l'arbitrage ne doivent plus être perçus comme incompatibles ou que leur rencontre n'a point d'intérêt. L'inconciliabilité doit ainsi laisser place à l'entente et l'exclusion à l'intégration.

1331. Pour parvenir à un tel résultat, nous sommes partis d'un simple constat : si l'opposabilité en droit commun se définit comme l'aptitude d'un acte, d'un fait ou d'une situation juridique à faire sentir ses effets à l'égard des tiers — une aptitude qui a donné lieu à deux fonctions pratiques, une fonction de sanction considérée comme la conséquence de l'atteinte portée au devoir général de respect qui incombe aux tiers et de l'obligation de ne pas ignorer l'existence d'un acte, et une fonction probatoire qui donne aux tiers la possibilité de se prévaloir du contrat des parties pour apporter la preuve d'un fait —, et qu'il existe en droit de l'arbitrage un phénomène similaire ayant pour sujets les tiers non-signataires de la convention d'arbitrage et procédant de la même façon en permettant à la convention d'arbitrage

de rayonner en dehors du cercle contractuel qui lui a été tracé par les parties pour atteindre les tiers, est, pour nous, la preuve que l'opposabilité a pour postérité la règle de l'attraction. Néanmoins, du constat de la compatibilité et de l'intégration à la démonstration de celles-ci, beaucoup de chemins ont été parcourus. Effectivement, l'analyse juridique de notre sujet se déroule en deux étapes suivant un schéma qui n'a d'autres prétentions que d'être didactique. Il était ainsi nécessaire d'identifier dans un premier temps les éléments fondant la base de notre édifice — l'opposabilité — afin d'éprouver sa capacité à résister à l'épreuve de l'arbitrage, pour enfin mesurer son efficacité.

1332. L'étude des différentes conceptions de l'opposabilité, ses justifications et les sujets auxquels elle s'adresse nous a offert une image plus claire et réaliste de l'application de l'opposabilité en droit commun. Les résultats de cette analyse nous ont permis d'ériger l'opposabilité en un *principe* à part entière. Une étape importante, car c'est à partir de cette qualification que nous est venue à l'esprit la question de la réception du principe et du rôle qu'il pourrait jouer en droit de l'arbitrage. En effet, si le terme « *principe* » désigne « *la règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* »²⁰¹¹, l'opposabilité doit alors inspirer une règle bien connue du droit de l'arbitrage, à savoir la règle de l'attraction des tiers à la procédure arbitrale.

1333. L'examen de la recevabilité et de l'applicabilité du principe de l'opposabilité en droit de l'arbitrage devait donc répondre à cette interrogation. Toutefois, la réception de l'opposabilité dans sa conception classique et primitive se heurtait à une problématique fonctionnelle. Raison pour laquelle nous avons exposé et confronté le principe et sa réception en droit de l'arbitrage aux différentes ambiguïtés et confusions terminologiques et théoriques présentées comme obstruant notre démarche. Nous avons donc essayé d'extirper les préjugés relatifs, respectivement, à l'utilisation du terme « *opposabilité* » en matière d'arbitrage et aux conflits de qualification de la convention d'arbitrage. Ensuite, il a fallu présenter des arguments plaidant pour le maintien de l'application des fonctions classiques de l'opposabilité en matière d'arbitrage tout en la complétant d'une nouvelle fonction. Cette nouvelle fonction consiste à s'approprier la règle de l'attraction des tiers à l'arbitrage ; une règle déjà existante et ayant une assise confirmée en droit de l'arbitrage. Effectivement, l'analyse de l'attraction, de ses mécanismes et des

²⁰¹¹ Gérard CORNU, *op. cit.*, p. 806, v. *Principe*.

conditions de sa mise en œuvre a révélé une certaine similitude avec les mécanismes et les conditions prospectés pour l'opposabilité en droit commun. Que ce soit l'opposabilité ou l'attraction, les deux s'appuient, pour leur mise en œuvre, sur la connaissance de l'existence de l'acte par les tiers et sur l'implication et l'immixtion de ces derniers à l'acte en question. Ce qui est pour nous une justification de la réception du principe en droit de l'arbitrage.

1334. S'agissant justement de l'assise de la réception, nous avons par ailleurs démontré que la réception de l'opposabilité se trouve facilitée par la nature juridique de la convention d'arbitrage. Assurément, le caractère accessoire et autonome de la convention d'arbitrage a permis de se résoudre à l'efficacité de celle-ci. C'est donc à partir de l'autonomie matérielle et juridique que la clause d'arbitrage développe son effet d'immunisation contre les vicissitudes qui touchent le contrat principal, et son effet émancipateur qui lui permet de se détacher des règles nationales et de la méthode conflictuelle, et donc de toute loi étatique, lorsque la convention d'arbitrage est internationale. Quant au caractère accessoire, celui-ci permet à la convention d'arbitrage de se transmettre de manière automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis.

1335. Ceci étant acquis, notre édifice devait enfin subir un ultime test, celui de l'efficacité. L'idée sous-jacente était d'éprouver l'opposabilité dans sa nouvelle fonction d'attraction. Nous avons donc passé en revue les éléments qui limitent et paralysent, à coup sûr, l'attraction. La première limite était d'ordre juridique et objectif. La fonction d'attraction s'est révélée, dans un premier temps, conditionnée par la validité de l'arbitrage entre les parties. Ensuite, elle s'est avérée relativisée en raison des insuffisances de certains fondements relatifs au mécanisme de l'extension compromissaire. Enfin, il a fallu souligner les multiples paralysies de la règle de l'attraction.

1336. Concernant la seconde limite, qui est d'ordre extrajuridique et subjectif, notre démarche était d'analyser la légitimité de l'attraction du point de vue du milieu juridique et de celui du diptyque parties-tiers. L'exposé de ces limites nous a conduits à proposer un renouvellement de la règle de l'attraction pour une efficacité renforcée. Ce renouvellement consiste à apporter une relecture des fondements juridiques et objectifs et à consacrer certains éléments de la dimension extrajuridique et subjective. Bien évidemment, toute conception renouvelée doit avoir un impact. Le premier impact de ce renouvellement était l'émergence d'une règle unifiée de l'opposabilité

en matière d'arbitrage. Une règle qui n'est pas sans conséquences sur la procédure et sur le droit de l'arbitrage.

1337. Finalement, l'étude du principe de l'opposabilité en droit commun, sa réception en droit de l'arbitrage et l'examen de son efficacité ont permis d'opérer un renouvellement de la conception classique de l'opposabilité de l'acte juridique. Ce renouvellement doit être apte à rendre compte des finalités qui animent aujourd'hui ce principe. Ainsi, fonder une nouvelle application à ce principe était pour nous une proposition de contribution à l'enrichissement de la théorie générale du contrat.

1338. Enrichissement de la théorie générale du contrat : amélioration de la connaissance sur l'opposabilité. Le statisme de la conception classique de l'opposabilité et de ses fonctions trouve sans conteste sa source première dans la prise de conscience limitée de l'ampleur des tâches qui pouvaient être adossées à l'opposabilité. En effet, les fonctions classiques de l'opposabilité ne doivent plus se sentir seules. À côté de l'opposabilité du contrat par les parties aux tiers, de l'opposabilité par les tiers aux parties et de l'opposabilité par les tiers aux tiers, il y a désormais l'opposabilité aux tiers par les parties de la convention d'arbitrage. Conformément à l'objectif que nous nous sommes fixé d'atteindre, on ne peut que confirmer l'idée suivante : l'image de l'opposabilité, conçue comme un principe isolé, cantonné aux seules fonctions classiques et n'acceptant point d'évolution, doit ainsi céder la place à une représentation plus nuancée. En somme, mettre à l'épreuve un principe telle que l'opposabilité en droit de l'arbitrage a fait incontestablement révéler sa juste valeur et a permis de connaître le principe sous une application nouvelle. L'opposabilité s'applique ainsi à tous les domaines du droit et s'intègre parfaitement dans le domaine procédural dès lors qu'elle ne dévie pas de son sentier premier et de sa raison d'être qui est l'aptitude donnée à un fait, à un acte ou à une situation juridique de rayonner en dehors du cercle tracé par ceux qui ont donné naissance à l'acte, au fait ou à la situation juridique en question. Ce qui ouvre le débat sur la possibilité de voir un tel principe s'appliquer dans d'autres perspectives.

1339. Les perspectives. Sans nul doute, le principe de l'opposabilité s'adaptera aux domaines du droit et aux conventions tant que son ministère reste toujours les affaires extérieures. En fait, tant que l'opposabilité serait en mesure de justifier le rayonnement des effets d'un acte, d'un fait ou d'une situation juridique à l'égard des tiers, il n'est pas invraisemblable de voir le principe se doter de fonctions nouvelles ou découlant des fonctions classiques. Dans le domaine du droit processuel,

l'opposabilité-attraction pourrait à juste titre trouver une application générale pour ainsi concerner les autres conventions de procédure, notamment la clause attributive de juridiction, la clause d'élection du for, ou la clause de conciliation. Notre étude pourrait ainsi inspirer d'autres réflexions à l'instar de l'étude de l'opposabilité que nous venons de mener.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ANDREU (L.), *Publicité foncière*, Rép. Dalloz, 2020.

ARNALDEZ (J.-J.), DERAIS (Y.), HASHER (D.), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2001-2007*, Wolters Kluwer, 2009.

AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit civil. Les Sûretés. La publicité foncière*, éd. 5^{ème}, Defrénois, 2011.

BARREAU-SALIOU (C.-T.), *Les publicités légales : information du public et preuve des actes*, L.G.D.J, 1990, n° 225, p. 155.

BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux*, éd., 4^{ème} Montchrestien, 1999.

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE (L.), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012.

BEUDANT (Ch. et R.), LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), *Cours de droit civil français : le contrat et les obligations*, éd. 2^{ème}, 1953.

BOULOC (B.), *Droit pénal spécial*, éd. 25^{ème}, Dalloz, 2017.

BOYER (L.), BOYER (H.), *Introduction au droit*, Litec, coll. Traités, 2002.

BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, éd. 2^{ème}, t. I, PUF, 2010.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, éd. 22^{ème}, coll. Thémis, PUF, 2000.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, coll. Thémis, PUF, 2004.

CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, éd. 35^{ème}, Dalloz, 2020.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, éd. 33^{ème}, LexisNexis, 2020.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, effets des obligations*, t. 7, Paris, Librairie Rousseau, 1933.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations - contrat et engagement unilatéral*, coll. Thémis droit, PUF, 2008.

FABRE-MAGNAN (M.), *Le droit des contrats*, coll. Thémis droit, PUF, 2018.

FADLALLAH (I.), HASCHER (D.), *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, 2019.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, éd. 11^{ème}, L.G.D.J, 2021.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), *Les obligations. L'acte juridique*, éd. 5^{ème}, L.G.D.J, 1991.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), *Droit civil, Les obligations : Le rapport d'obligation*, t. III, Colin, 1999.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil. Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, éd. 11^{ème}, Colin, 2004.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil ; Les obligations t. 1 ; L'acte juridique*, éd. 16^{ème}, Sirey, 2014.

FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

FOURNIER (A.), ANDREU (L.), *Publicité foncière*, Dalloz, 2020.

FRANÇOIS (J.), *Les obligations : Régime général*, éd. 2^{ème}, Economica, 2011.

FRANÇOIS (J.), *Traité du droit civil, t. IV, Les obligations : régime général*, éd. 4^{ème}, dir. Ch. LARROUMET, Economica, Paris, 2017.

GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, éd. 1^{ère}, PUF, coll. droit fondamental, 1992.

GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé*, t. III, 1921.

GHESTIN (J.), GOUBEUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, éd. 4^{ème}, L.G.D.J, 1977.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les obligations. Les effets du contrat*, L.G.D.J, 1992.

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les obligations. Les effets du contrat*, éd. 2^{ème}, L.G.D.J, 1994.

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les effets du contrat*, éd. 3^{ème}, L.G.D.J, 2001.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil : la formation du contrat*, t. 1, L.G.D.J, 2013.

GOURION (P.-A.), PEYRARD (G.), *Droit du commerce international*, L.G.D.J 1997.

HÉRON (J.), LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, éd. 3^{ème}, L.G.D.J, 2006.

HÉRON (J.) LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, éd. 6^{ème}, L.G.D.J, 2015.

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, coll. Paradigme, Larcier, 2015.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil français*, éd. 2^{ème}, Sirey, Paris, 1933

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil français*, t. 1, éd. 3^{ème}, 1938.

LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Traité de droit civil, t. 3, les obligations, le contrat*, éd. 9^{ème}, Economica, 2018.

LE BARS (B.), WORMS (G.), DALMASSO (J.), LAZAREFF (A.), *Arbitrage commercial international : les grands arrêts du droit français*, LexisNexis, 2016.

LECOURT (A.), *Fiches de droit des obligations*, éd. 6^{ème}, Ellipses, 2019.

LOQUIN (É.), *L'arbitrage du commerce international : pratique des affaires*, éd. Joly, Lextenso, 2015.

MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Cours de droit civil, Les obligations*, éd. 2^{ème}.Cujas, 1990.

MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit civil, Les obligations*, éd. 4^{ème}, Cujas, 1993.

MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Droit civil : Les contrats spéciaux*, éd. 14^{ème}, Cujas, 2001, n° 1240 et s.

MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit civil, les sûretés. La publicité foncière*, éd. 9^{ème}, Cujas, 2000.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations*, t. 2, Vol. I, Sirey, Paris, 196.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Théorie générale des obligations*, t. I, Sirey, 1988.

- MARTY (G.), RAYNAUD (P.), JESTAZ (P.),** *Droit civil, les obligations, t. 2 : le régime*, éd. 2^{ème}, Sirey, Paris, 1989.
- MERCADAL (B.),** *Mémento Droit commercial*, éd. 28^{ème}, Francis Lefebvre, 2020.
- OPPÉTIT (B.),** *Philosophie du droit*, éd. 1^{ère}, Dalloz, 1999.
- PÉTEL (Ph.),** *Le contrat de mandat*, Dalloz, Paris, 1994.
- PIEDELIEVRE (S.),** *Traité de droit civil : la publicité foncière, s. dir. J. GHESTIN, L.G.D.J,* 2000.
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.),** *Traité élémentaire de droit civil, t. II, L.G.D.J,* 1928.
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.),** *Traité pratique de droit civil français, t.VI, L.G.D.J,* 1930.
- RACINE (J.-B.),** *Droit de l'arbitrage*, coll. Thémis, PUF, 2016.
- REYGROBELLET (A.),** *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz, 2017.
- RIPERT (G.), BOULANGER (J.),** *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. 2,* L.G.D.J, 1957.
- RIPERT (G.), ROBLLOT (R.),** *Traité de droit commercial, t. I, éd. 10^{ème},* L.G.D.J, 1980.
- ROBERT (J.), MOREAU (B.),** *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, éd. 6^{ème}, Dalloz, 1993.
- RUBINO-SAMMARTANO (M.),** *Arbitrage international : droit et pratique, t. I, préf. Lord MUSTILL et Pierre Mayer, BRUYLIANT, Bruxelles,* 2019.
- SERAGLINI (Ch.), ORTSCHIEDT (J.),** *Droit de l'arbitrage interne et international,* L.G.D.J, éd. 1^{ère}, 2013.
- SERAGLINI (Ch.), ORTSCHIEDT (J.),** *Droit de l'arbitrage interne et international,* L.G.D.J, éd. 2^{ème}, 2019.
- SIMLER (Ph.),** *Cautionnement et garanties autonomes*, éd. 3^{ème}, Litec, 2000.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.),** *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 1993.
- TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.),** *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, éd. 7^{ème}, 1999.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.),** *Droit civil. Les obligations*, éd. 10^{ème}, Dalloz, 2009.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.),** *Droit civil : Les obligations*, éd. 11^{ème}, Dalloz, 2013.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.),** *Droit civil. Les obligations*, éd. 12^{ème}, Dalloz, 2019.
- TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, éd. 13^{ème}, 2015.
- VIALARD (A.),** *Droit maritime*, PUF, 1997.
- VIDAL (D.),** *Droit Français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, 2012.
- VINCENT (J.), GUINSHARD (S.),** *Procédure civile*, éd. 22^{ème}, Dalloz, 1991.
- VINEY (G.),** *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, éd. 3^{ème}, L.G.D.J, 2008.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

- **Monographies et documents spéciaux**

AUBRY (Ch.), RAU (Ch.), *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, éd. 5, t. II, Paris, 1897.

BLESSING (M.), *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 1999.

BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruylant, 2002.

CALAIS-AULOY (J.), *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, L.G.D.J, 1959.

CHAVANNE (A.), BRUST (J.-J.), *Droit de la propriété industrielle*, éd. 5^{ème}, Dalloz, 1998.

CUQ (É.), « *Études sur le Droit babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites* », in, *Journal des savants*, 1932, pp. 122-128.

DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016.

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911.

DEMOLOMBE (Ch.), *Cours du Code Napoléon : traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général*, II, Vol. 25, Durand, 1869.

DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code Napoléon : traité de la distinction des biens*, t. 9, Durand et Hachette, Paris, 1870.

DONEAU (H.), *Œuvres complètes*, t. 3, liv. 12, ch. 26.

DU MOULIN (Ch.), *Extricatio labyrinthi diuidui et indiuidui*, Œuvres de du Moulin, t. IV, 1658.

DUPERIER (S.), *Les œuvres*, livre IV, 1721.

DURKHEIM (É.), *Les Règles de la Méthode Sociologique*, édition établie J.-M. BERTHELOT, Flammarion, Paris, 2010.

FENET (P.-A.), *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Paris, 1827.

FOYER (J.), VIVANT (M.), *Le droit des brevets*, P.U.F, 1991.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004.

GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. III et IV, Sirey, 1921.

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, L.G.D.J, 1960.

GOLDMAN (B.), *Arbitrage commercial international : convention d'arbitrage, forme et preuve*, Clunet, Fasc. 586-4, n°14.

GRENET (L.), « *L'institution des arbitres publics à Athènes* », in, *Revue des Études grecques*, t. 52, fasc. 246-247, 1939, p. 389.

GRIMAUD (D.), *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001.

- GUINCHARD (S.) (dir.)**, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, éd. 2^{ème}, Dalloz, 2003, p. 342.
- JOSSERAND (L.)**, *De l'abus des droits*, Rousseau, 1905.
- JOSSERAND (L.)**, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, éd. 2^{ème}, 1939.
- KANT (E.)**, *Projet de paix perpétuelle*, trad. Jean-Jacques BARRÈRE et Christian ROCHE, Nathan, Les intégrales de philo, 1991.
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, coll. Pensée juridique, trad. Ch. EISENMAN, Bruylant et L.G.D.J, 1999.
- KESSEDJIAN (C.)**, *Le financement de contentieux par un tiers. Third Party litigation Funding*, L.G.D.J, éd. Panthéon-Assas, 2012.
- LALANDE (A.)**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, 1926.
- LEW (J.D.M.)**, **MISTELIS (L.-A.)**, **KRÖLL (S.M.)**, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- LUCAS (A. et H. J.)**, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994.
- LUCAS (A.)**, **LUCAS-SCHLOETTER (A.)**, **BERNAULT (C.)**, *Traité de propriété littéraire et artistique*, éd. 5^{ème}, LexisNexis, 2017.
- MARCELLIN (Y.)**, *Le droit français de la propriété intellectuelle*, éd. CEDAT, Paris, 1999.
- MAZEAUD (H.-L.)**, **RANOUIL (V.)**, **CHABAS (F.)**, *Leçons de droit civil. Suretés, publicité foncière*, t. 3, Vol. I, éd. 6^{ème}, Paris, Montchrestien, 1988.
- MIGNOT (A.)**, « *La place de l'esclave dans le ius obligationum romain* », in, *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 33/1, n° 1, 2007.
- MOLITOR (J.-P.)**, *Les obligations en droit romain*, t.1, Paris, 1867.
- MONTESQUIEU**, *Esprit des lois*, livre XX, Chap. XIII.
- MOTULSKY (H.)**, *Droit processuel*, Montchrestien, Paris, 1973.
- ORTOLAN (J.-L.-E.)**, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, t. 1, éd. 4^{ème}, Joubert, Paris, 1847
- PICOD (Y.)**, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J. 1989.
- POTHIER (R.-J.)**, *Traité des obligations. Édition de 1821*, préf. J.-L. HALPÉRIN, Dalloz, 2011.
- POUDRET (J.-F.)**, **BESSON (S.)**, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, L.G.D.J, Schlthess, 2002.
- PROUDHON (J.-B.-V.)**, *Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, t. 1, Dijon, Lagier, 1839.
- RAYNARD (J.)**, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990.
- RECHT (P.)**, *Le droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et théorie*, L.G.D.J, 1969.
- RIPERT (G.)**, *La règle morale dans l'application des obligations civiles*, L.G.D.J., éd. 4^{ème}, 1949.
- RODIÈRE (R.)**, **CALAIS-AULOY (J.)**, *Droit maritime : assurances et ventes maritimes*, Dalloz, 1983.

SAVAUX (É.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* préf. J.-L. AUBERT, L.G.D.J, 1997.

SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J, 1969.

TROPLONG (R.-Th.), *Du contrat de société civile et commerciale*, t. II, 1843, n° 520.

TYAN (E), *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Recueil Sirey, t. I, Paris 1938.

VON GOELER (J.), *Third Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016.

- *Thèses*

ABID MNIF (S.), *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle comparaison des droits français et tunisien*, thèse de doctorat, droit, préf. P. JOURDAIN, Harmattan, 2014.

AKHOUD (S.), *La notion de partie dans l'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Th. CLAY, Versailles-St Quentin en Yvelines, 2012.

AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, thèse de doctorat, droit, préf. Y. GUYON, L.G.D.J, 1995.

ARFAOUI (B.), *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, thèse de doctorat, droit, dir. É. GARAUD, Limoges, 2008.

AUSSEL (J.-M.), *Essai sur la notion juridique de tiers en droit civil français*, thèse de doctorat, droit, Montpellier, 1953.

AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse de doctorat, droit, préf. Ph. MALAURIE, Economica, 1984.

BARTIN (E.), *Étude sur la règle « res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1885.

BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Ph. FOUCHARD, Paris II, 2003.

BENMBAREK-LESAFFRE (K.), *Les règles matérielles de droit international privé*, thèse de doctorat, droit, s. dir. L. GANAGÉ, Paris II, 2017.

BERNAT (C.), *L'exploitation commerciale des navires et les groupes de contrats ou le principe de l'effet relatif dans les contrats commerciaux internationaux*, thèse de doctorat, droit, sous dir. A. VILARD, Bordeaux, 2003.

BERTRAND (F.), *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse de doctorat, droit, Paris II, 1979.

BLANCHIN (C.), *L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?* thèse de doctorat, droit, préf. H. GAUDEMET-TALLON, L.G.D.J, 1995.

BLERY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, thèse de doctorat, droit, s. dir. J. HÉRON, préf. P. MAYER, L.G.D.J, 2000.

BOLLÉE (S.), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, thèse de doctorat, droit, préf. P. MAYER, Economica, 2004.

BOUCARON-NARDETTO (M.), *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, s. dir. J.-B. RACINE, Nice, 2011.

- BOURASSIN (M.),** *L'efficacité des garanties personnelles*, thèse de doctorat, droit, préf. M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, L.G.D.J, 2006.
- BOUTY (C.),** *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privée*, thèse de doctorat, droit, préf. J.-L. BERGEL, PUAM, 2008.
- CALASTRENG (S.),** *La relativité des conventions, étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse de doctorat, droit, Toulouse, Gaillac, 1939.
- CAIRE (A.-B.),** *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme*, thèse de doctorat, droit, s. dir. J.-P. MARGUÉNAUD, Limoges, 2010.
- CAPRASSE (O.),** *Les sociétés et l'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, préf. G. KEUTGEN, Bruylant, 2002.
- CHAMPEAU (E.),** *La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir de droits par autrui en droit romain*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1893.
- CHANTEBOUT (V.),** *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Ch. JARROSSON, Paris II, 2007.
- CHEDEVILLE (D.),** *La liaison entre contrats*, thèse de doctorat, droit, s. dir. R. RODIÈRE, Paris II, 1977.
- CHEKROUN (D.),** *L'imperium de l'arbitre*, thèse de doctorat, droit, préf. E. JEULAND, Lille, 2009
- CHEN (C.-W.),** *Apparence et représentation en droit positif français*, thèse de doctorat, droit, préf. J. GHESTIN, L.G.D.J, 2000.
- CLAY (Th.),** *L'arbitre*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Ph. FOUCHARD, Dalloz, 2001.
- COCHEREL (M.),** *Les techniques légales d'opposabilité : essai d'une théorie générale*, thèse de doctorat, droit, s. dir. P. LE CANNU, Paris I, 2003.
- COHEN (D.),** *Arbitrage et société*, thèse de doctorat, droit, préf. B. OPPETIT, L.G.D.J, 1992.
- COIPEL-CORDONNIER (N.),** *Les conventions d'arbitrages et d'élection du for en droit international privé*, thèse de doctorat, droit, préf. M. FALLON, L.G.D.J, 1999.
- COUDERT (J.),** *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Thèse de doctorat, droit, Nancy, 1957.
- DANOS (F.),** *Propriété, possession et opposabilité*, thèse de doctorat, droit, préf. L. AYNÈS, Economica, 2007.
- DE BOISSÉSON (M.),** *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, thèse de doctorat, droit, préf. P. BELLET, éd. Joly, 1990.
- DEBOISSY (F.),** *La simulation en droit fiscal*, thèse de doctorat, droit, préf. M. COZIAN, L.G.D.J, 1997.
- DEBRAND (F.),** *Droit romain : Étude de la règle « res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest » ; droit français : De la notion de tiers*, thèse de doctorat, droit, Dijon, 1890.
- DEBOURG (C.),** *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, thèse de doctorat, droit, préf. F.-X. TRAIN, L.G.D.J, 2012.
- DE FONTMICHEL (M.),** *Le faible et l'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, préf. Th. CLAY, Economica, 2013.
- DELCOURT (L.),** *De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1902.

- DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.),** *Le tiers à l'acte juridique*, thèse de doctorat, droit, préf. J. HAUSER, L.G.D.J, 2000.
- DESHAYES (O.),** *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, thèse de doctorat, droit, préf. Geneviève VINEY, L.G.D.J, 2004.
- DIALLO (O.),** *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, thèse de doctorat, droit, préf. J.-M. JAQUET, GIG, 2015.
- DIDIER (Ph.),** *De la représentation en droit privé*, thèse de doctorat, droit, préf. Y. LEQUETTE, L.G.D.J, 2000.
- DUCLOS (J.),** *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, thèse de doctorat, droit, préf. D. MARTIN, L.G.D.J, 1984.
- EL AHDAB (J.),** *La clause compromissoire et les tiers*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Y. GUYON, Paris I, 2003.
- EL RAJAB (D.),** *L'opposabilité des droits contractuels : étude de droit comparé français et libanais*, thèse de doctorat, droit, s. dir. C. BRENNER, Paris II, 2013.
- EMY (Ph.),** *Le titre financier*, thèse de doctorat, droit, s. dir. B. SAINTOURENS, Bordeaux, 2005.
- ESMEIN (P.),** *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, thèse de doctorat, droit, Paris, Recueil Sirey, 1914.
- FAVIER (L.),** *De la clause compromissoire*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1910.
- FLOUR (Y.),** *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse de doctorat, droit, Paris II, 1977.
- FOREST (G.),** *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse de doctorat, droit, préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012.
- FOYER (J.),** *De l'autorité de la chose jugée en matière civile : Essai d'une définition*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1954.
- GAMALELDIN (H.-M.),** *Étude des règles d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international : vers une indemnisation adéquate du préjudice*, thèse de doctorat, droit, dir. Ph. DELEBECQUE, Paris I, 2014.
- GHESTIN (J.),** *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse de doctorat, droit, préf. Jean BOULANGER, éd. 2^{ème}, L.G.D.J, 1971.
- GOUGEON (A.),** *L'intervention du tiers à la formation du contrat*, thèse de doctorat, droit, s. dir. S. CHASSAGNARD-PINET et P.-Y. VERKINDT, Lille, 2017.
- GOUTAL (J.-L.),** *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, thèse de doctorat, droit, préf. H. BATIFOL, L.G.D.J, 1981.
- GRARE (C.),** *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, thèse de doctorat, droit, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, 2005.
- HADDADIN (S.),** *Essai d'une théorie général du droit d'auteur*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Ph. GAUDRAT, Poitiers, 2008.
- HANNOUN (Ch.),** *Le droit et les groupes de sociétés*, thèse de doctorat, droit, préf. A. LYON-CAEN, L.G.D.J, 1991.
- HOUTCIEFF (D.),** *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse de doctorat, droit, préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2001.

HUGUENEY (P.), *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse de doctorat, droit, Dijon, 1910.

JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, thèse de doctorat, droit, préf. B. OPPETIT, L.G.D.J, 1987.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, thèse de doctorat, droit, s. dir. P. LAGARDE, L.G.D.J, 1983.

JUILLE (E.), *Les effets des actes juridiques à l'égard des tiers*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1904.

JUILLET (Ch.), *Les accessoires de la créance*, thèse de doctorat, droit, préf. Ch. LARROUMET, Defrénois, Lextenso, coll. Doctorat & Notariat, t. 37, 2009.

KOUCHNER (C.), *De l'opposabilité en droit privé*, thèse de doctorat, Droit, s. dir A. LYON-CAEN, Tours, 2004.

KOUNTA (M.-C.), *L'accord compromissoire et les tiers : aspects contractuel et juridictionnel*, thèse de doctorat, droit, s. dir. J.-F. OVERSTAKE, Bordeaux, 2001.

LACROIX-DE SOUSA (S.), *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, thèse de doctorat, droit, préf. M.-É. ANCEL, L.G.D.J, 2011.

LEGROS (C.), *L'arbitrage et les opérations à trois personnes*, thèse de doctorat, droit, s. dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, Rouen, 1999.

Li (X.-Y.), *La transmission et l'extension de la clause compromissoire dans l'arbitrage international*, thèse de doctorat, droit, s. dir. É. LOQUIN, Dijon, 1993.

MECHANTAF (Kh.), *Le financement de l'arbitrage par un tiers : une approche française et internationale*, thèse de doctorat, droit, s. dir. L. CADIET, Paris I, 2019.

MESTRE (J.), *La subrogation personnelle*, thèse de doctorat, droit, préf. P. KAISER, L.G.D.J, 1979.

MONTAGNE (H.), *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, thèse de doctorat, droit, Limoges, 1912.

MOUSSERON (J.-M.), *Le droit du brevet d'invention. Contribution à une analyse objective*, thèse de doctorat, droit, L.G.D.J, 1961.

NAJJAR (N.), *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, thèse de doctorat, droit, préf. E. GAILLARD, 2004, L.G.D.J, n° 257, p. 148 et s.

NÉRET (J.), *Le sous contrat*, thèse de doctorat, droit, préf. P. CATALA, L.G.D.J, 1975.

PAPADATOU (M.), *La convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises : étude comparée des droits français, hellénique et anglais*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Ch. JARROSSON, Paris II, 2014.

PELLÉ (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, thèse de doctorat, droit, préf. J. FOYER et M.-L. DEMEESTER, L.G.D.J, 2007.

PLYER (H.), *Contribution à l'étude de l'opposabilité*, thèse de doctorat, Droit, Montpellier, 2015.

POPESCO (M.), *La règle res inter alios acta et ses limites en droit moderne*, thèse de doctorat, droit, Paris, Domat-Montchrestien, 1934.

PORCHEROT (E.), *De l'abus de droit*, thèse de doctorat, droit, Dijon, 1901.

- RAFFRAY (R.),** *La transmission universelle du patrimoine des sociétés morales*, thèse de doctorat, droit, préf. F. DEBOISSY, Dalloz, 2009.
- RAHMOUNI (R.),** *L'arbitrage international et les tiers*, Thèse de doctorat, droit, s. dir. S. BOLLÉE et L. CHEDLY, Paris 1, 2015.
- REYNAUD (L.-H.C.),** *L'abus de droit*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1904.
- ROUHETTE (G.),** *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse de doctorat, droit, s. dir. R. RODIÈRE, 2 vol., Paris, 1965.
- ROYER-FLEURY (A.),** *Essai d'une théorie juridique du connaissance et des autres titres de transport maritime*, thèse de doctorat, droit, s. dir. Yves TASSEL, Nantes, 2004.
- RUBELLIN-DEVICHI (J.),** *L'arbitrage. Nature juridique*, thèse de doctorat, droit, préf. J. VINCENT, L.G.D.J, 1965.
- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.),** *La fraude paulienne*, thèse de doctorat, droit, préf. Guillaume WICKER, L.G.D.J, 2008.
- SERAGELDIN (S.),** *Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats*, thèse de doctorat, droit, s. dir. N. BOUCHE, Lyon, 2014.
- TAISNE (J.-P.),** *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse de doctorat, droit, s. dir. C. LABRUSSE-RIOU, Lille, 1977.
- TEYSSIÉ (B.),** *Les groupes de contrats*, thèse de doctorat, droit, préf. J.-M. MOUSSERON, L.G.D.J, 1975.
- THIBIERGE (L.),** *Le contrat face à l'imprévu*, thèse de doctorat, droit, préf. L. AYNÈS, Economica, 2011.
- TRAIN (F.-X.),** *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, thèse de doctorat, droit, préf. I. FADLALLAH, L.G.D.J, 2003.
- VANHAECKE (M.),** *Les groupes de sociétés*, thèse de doctorat, droit, préf. R. PLAISANT, L.G.D.J, 1962.
- VIDAL (J.),** *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe efraus omnia corrumpite*, thèse de doctorat, droit, préf. G. MARTY, Dalloz, 1957.
- WEHBE (F.-S.),** *Composantes multidimensionnelles de l'arbitrage : de la considération locale à l'interculturalité internationale*, thèse de doctorat, droit, s. dir. G. LEBRETON, le Havre, 2016.
- WEILL (A.),** *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse de doctorat, droit, préf. M. NAST, Dalloz, 1939.
- WINTGEN (R.),** *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, thèse de doctorat, droit, préf. J. GHESTIN, L.G.D.J, 2004.
- ZENATI (F.),** *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de doctorat, droit, s. dir. J. RUBELLIN-DEVICHI, Lyon, 1981.

- **Dictionnaires, encyclopédies et répertoires**

ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, éd. 1^{ème}, Coll. Anthologie du droit, L.G.D.J, 2018.

BRAUDO (S.), BAUMANN (A.), *Dictionnaire juridique*, 1996-2021: <https://www.dictionnaire-juridique.com>.

CADIET (L.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

CHANTEPIE (G.), *Répertoire de droit civil — Contrat : effets — Rayonnement du contrat*, Dalloz, 2018. Version consultable en ligne : <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000327/2018-01/PLAN042>.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. 9^{ème}, Quadrige, PUF, 2011.

GHESTIN (J.), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. 1^{ère}, Lamy PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2003.

LE Petit Robert.

LE Petit Larousse, éd. 2009.

LOQUIN (É.), *Convention d'arbitrage-conditions de fond : consentement, capacité, pouvoir, objet, cause*, JCL. Pr. civ., fasc. 1022.

RACINE (J.-B.), *Convention d'arbitrage. Formation*, JCL. contrats-distribution, Fasc. 191.

REY (A.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2006.

III. ARTICLES, CHRONIQUES ET ÉTUDES

ABDALLAH-MARTIN (N.), « *L'extension et la transmission de la clause compromissoire : vers une lex mediterranea ?* » in, *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence*, s. dir. Filali OSMAN et Lotfi CHEDLY, Bruylant, 2015.

ACHILLE (S.), « *Efficacité de la clause compromissoire et procédures collectives* », *Cah. arb.*, 2015, p. 303.

AMRANI-MEKKI (S.), « *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats* », *Deffrénois*, 2002 p. 355.

AMSELEK (P.), « *L'acte juridique dans la pensée de Charles EISENMANN* », *ADP*, t. 32, 1987, p. 305.

ANCEL (P.), « *Arbitrage et procédures collectives* », *Rev. arb.*, 1983, p. 255.

ANCEL (P.), « *Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985* », *Rev. arb.*, 1987, p. 127.

ANCEL (J.-P.), « *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire* », *Trav. Com. fr. DIP* 11^{ème} année 1991-1993, 1994, pp. 75-119.

ANCEL (P.), note sous CA Lyon, 15 mai 1997, *Rev. arb.*, 1997, spéc. p. 412.

ANCEL (P.), « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », *RTD civ*, 1999, n° 52, p. 771.

ANCEL (J.-P.), « *L'arbitrage international en France : principes et système* », *APD*, 2009, p. 201.

ANCEL (J.-P.), « *Un remède : la concentration du contentieux devant l'arbitre. Extension et transmission de la convention d'arbitrage* », in, *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 144.

- APCHAIN (H.)**, « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA* 2012, p. 587.
- ARRANDON (F.)**, « Les dérives de l'arbitrage maritime », *LICAM*, n° 20, 2009.
- AUBERT (J.-L.)**, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD Civ.*, 1993, p. 263 et s.
- AUCKENTHALER (F.)**, « Le droit du subrogé aux intérêts de la créance », *D.* 2000, chron., p. 171
- AYNÈS (L.)**, sous note, Cass. com., 5 mars 1991, n° 89-19.940, *Rev. arb.*, 1992, p. 66 et s.
- AYNÈS (L.)**, note sous Cass. com., 5 mars 1991 et Trib. com. Bobigny, 29 mars 1990, *Rev. arb.*, 1995, p.137.
- AYNÈS (L.)**, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *D.* 1998, p. 25 et s., n° 12.
- AYNÈS (L.)**, « Pour une modernisation de la publicité foncière », Rapp. de la commission de réforme de la publicité foncière, 12 nov. 2018, p. 8.
- AYNÈS (L.)**, « Publicité foncière : vers une modernisation ? », *Dalloz*, 2019, p. 192.
- AYNÈS (L.)**, « Critères de l'indivisibilité dans les groupes de contrats », *D.* 1995, p. 231.
- BARTHÉLEMY (J.)**, « L'arbitrage, avenir du droit du travail ? », in, *L'arbitrage*, APD, t. 52, Dalloz, 2009, p. 283.
- BARTHÉLÉMY (J.)**, **CETTE (G.)**, « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique », Rapport présenté pour le Conseil d'Analyse Économique, Commentaires Pierre CAHUC et Jean-Paul FITOUSSI, 2010.
- BENCHENEB (A.)**, « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », in, *Droit sans frontières*, Mélanges en l'honneur d'Éric LOQUIN, LexisNexis, V. 51, 2018, p. 57, spéc. 73.
- BEN HAMIDA (W.)**, « Développement des procédures parallèles et facteurs de désordres procéduraux dans l'arbitrage d'investissement », in, coll. : les procédures parallèles et décisions contradictoires, Bruylant, 2015, p. 19.
- BERMANN (A.-G.)**, « Les dommages-intérêts punitifs (punitive damages) dans le droit américain de l'arbitrage », *RLDA*, n° 85, 2013.
- BESSIS (A.)**, « L'extension ratione personae des conventions d'arbitrage international : vers un retour au droit des obligations ? », *LPA*, n° 154, p. 6.
- BESSON (S.)**, « Piercing the corporate veil : Back on the Right Track », *Dossier of the ICC Institute of World Business Law*, 2010, p. 149.
- BIGOT (J.)**, « Arbitrage et assurance, sous l'angle du droit français », *Bull. CCI*, 2000, p. 37.
- BILLIAU (M.)**, « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », in, *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge*, L.G.D.J, 1992.
- BILLIAU (M.)**, « Le contrat : Effets, Le principe de l'effet relatif des contrats », in, *Droit des obligations*, dir. J. GHESTIN, *JCP G* 1992, I, p. 3570.
- BLANCHIN (C.)**, « L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ? », *RIDC*, Vol. 49 n°4, 1997. pp. 989-991.
- BODE (M.)**, intervention au Colloque « Arbitrage et Sociétés » organisé par le Comité français de l'arbitrage, Paris, 16 novembre 2012, *Cah. arb.*, 2013, p. 262.

BOLLÉE (S.), « *La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété* », *D.* 2007, p. 2077.

BOLLÉE (S.), « *Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers* », *Rev. arb.*, 2015, n° 3.

BOLLÉE (S.), « *Les contrariétés de décisions dans le contrôle des sentences arbitrales* », in, coll. préc. cité, p. 101

BONHOMME (R.), « *Sous-contrat et co-contrat. Adjonction et conjonction de contractants* », *JurisClasseur cont. dist.*, 2014, actualisé par Magali BOUTEILLE-BRIGANT, n° 42.

B. BORN (G.), « *International commercial arbitration : commentary and materials* », Transnational publisher, Inc. & Kluwer Law International, 2001, p. 55.

BOUCARON-NARDETTO (M.), « *La réforme de l'article 2061 du Code civil français* », *Arbitrage*, vol. X, n° 1, 2017, pp. 109 -129, spéc. n° 31, p. 121.

BOUCOBZA (X.), « *Le pouvoir d'engager les sociétés à l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 2013, p. 633.

BOUDOT (M.), « *L'apparence* », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018.

BOULANGER (J.), « *Conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité* », *RTD civ.*, 1935, n° 535.

BOULANGER (J.), « *Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques* », *RTD civ.*, 1950, n° 1, p. 1.

BREDIN (J.-D.), « *L'amiable compositeur et le contrat* », *Rev. arb.*, 1984, p. 263.

BUCHER (C.-É.), « *Droit de la distribution et de la concurrence* », *Rev. L'essentiel*, déc. 2019, n° 11, p. 5.

CACHARD (O.), « *L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles* », *DMF* sept. 2007, n° 684, p. 721, n° 19.

CADIET (L.), « *Clauses relatives aux litiges* », *JCI. Contrat – Distribution*, fasc. n° 2, 1988.

CADIET (L.), « *Liberté des conventions et clauses relatives au litige* », *LPA* 5 mai 2000, n° 8, p. 30 et s.

CALLÉ (P.), *note sous* Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, *Rev. arb.*, 2010, p. 496, n° 6.

CANIVET (G.), HASHER (D.), *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers : « La gestion du procès, l'incidence sur la politique judiciaire des États* », éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 278

CAPITANT (H.), « *Le régime de la violation des contrats* », 1933 *DH*, chron. p. 1.

CHABAAN (R.), « *Clause d'arbitrage et cautionnement* », *Rev. arb.*, 2007, p. 721.

CHAMBREUIL (B.), « *Arbitrage international et garanties bancaires* », *Rev. arb.*, 1991, p. 33.

CHARMONT (J.), « *L'abus de droit* », *RTD Civ.* 1902 p. 113, spéc. p. 123.

CLAY (Th.), « *Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage* », *Dr. et patr.*, mai 2002, n° 104, p.40 et s.

CLAY (Th.), « *Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ?* », *D.* 2003, p. 2471.

CLAY (Th.), « *Liberté, égalité, efficacité : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article* », *JDI* 2012, p. 826.

CLAY (Th.), « *L'arbitrage des conflits de travail* », *Cah. arb.*, 2017, n° 1, p. 38.

CLAY (Th.), « *Arbitrage et impécuniosité* », in, *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, L.G.D.J, 2019, p. 253.

- COHEN (D.)**, *obs. s. CA Paris, 11 mars 1993, Rev. arb., 1993, p. 735.*
- COHEN (D.)**, *note s. Cass. com., 20 juin 1995, Rev. arb., 1995, p. 622.*
- COHEN (D.)**, « *Arbitrage et groupes de sociétés* », *Rev. arb.*, 1997, p. 471.
- COHEN (D.)**, « *L'engagement des sociétés à l'arbitrage* », *Rev. arb.*, 2006, p. 35.
- COIPEL-CORDONNIER (N.)**, *note sous, Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, Cimat c. Société des Ciments d'Abidjan, RCDIP 2002, n°7, p. 758.*
- COLLARD (Ch.), ROQUILLY (Ch.)**, « *Les risques juridiques et leur cartographie : proposition de méthodologie* », *RSG*, 2013.
- COSTARGENT (J.-R.), SPINELLI (J.)**, « *L'arbitrage, une alternative pour les litiges à petit enjeux* », *Cah. arb.*, 2017, p. 58 et s.
- COURTOIS-CHAMPENOIS (E.)**, « *L'arbitrage des litiges en droit du travail. Étude comparative des droits français et américains* », *Rev. arb.*, 2003, p. 349.
- CREMADES (B.M), MADALENA (I.)**, « *Parallel Proceeding in International Arbitration* », *J. Int. Arb.*, 2008, vol. 24, p. 534.
- CRESSARD (B.)**, « *États des lieux de l'articulation de deux fortes têtes du droit des affaires* », la lettre de l'AFA, n° 28, juill. 2018.
- CROCQ (P.)**, « *Opposabilité, publicité et connaissance des droits* », in, *Mél. Jacques MESTRE, L.G.D.J, 2019, pp. 289- 314.*
- DANOS (F.)**, « *Les formalités de publicité foncière ne sont pas constitutives de droit (mais n'ont-elles pas un effet translatif ?)* », *RDC*, 2019, n° 1, p. 138.
- DE BERTIER-LESTRADE (B.)**, « *Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes* », *D.* 2011, p. 2954.
- DE BOISSÉSON (M.)**, « *Effets d'une convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de sociétés* », *Bull. Joly*, 1990, n° 12, pp. 999-1013.
- DEBOURG (C.)**, « *La prévention des contrariétés de décisions arbitrales et étatiques* », in, coll. : *les procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 73.
- DECKERT (K.)**, « *Un jugement rendu dans une affaire concernant l'une des sociétés du groupe doit être dûment notifié à celle-ci et non à une autre société du même groupe* », *Lettre Creda-Sociétés*, n° 2016-12, 28 mars 2016.
- DE FONTMICHEL (M.)**, « *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français* », *Rev. soc.*, 2012, p. 279.
- DELEBECQUE (Ph.)**, « *La transmission de la clause compromissoire - à propos de l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 6 nov. 1990* », *Rev. arb.*, 1991, p. 19.
- DELEBECQUE (Ph.)**, *note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1996, Deffrénois 1996, p. 1022.*
- DELEBECQUE (Ph.)**, *note sous Cass. com., 21 fév. 2006, n° 04-11.030, DMF 2006, p. 379.*
- DELEBECQUE (Ph.)**, « *Les single ship companies* », in, *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, *Mél. Paul Le CANNU, Dalloz, L.G.D.J, IRJS, Thomson Reuters Transactive, 2014.*
- DELEBECQUE (Ph.)**, « *Opposabilité de la clause compromissoire aux victimes exerçant leur action directe contre les assureurs de responsabilité* », *note sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2018, n° 17-28.951, (Voies navigables de France c./Sc Navi SRL), DMF, n° 810, fév. 2019.*

- DÉPREZ (J.)**, « *Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international* », *RDAL*, 1990, n° 12, p. 833.
- DERAINS (Y.), SCHAF (S.)**, « *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés* », *R.D.A.I.*, 1985.
- DERAINS (B.), ORDWAY (É.)**, « *L'arbitrage dans le monde* », *Gaz. Pal.*, 2006, n° 112, p. 49.
- DUBARRY (J.-C.) et LOQUIN (É.)**, *note sous CA Paris*, 11 janv. 1990, *RTD Com.*, 1992, p. 596.
- DU GARREAU DE LA MÉCHENIE (J.-H.)**, « *La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur* », *RTDC* 1944, p. 219.
- DIMOLITSA (A.)**, « *Autonomie et Kompetenz-Kompetenz* », *Rev. arb.* 1998, p. 305.
- EL-AHDAB (J.)**, « *La gestion du risque arbitral par les parties* », *RGDA*, n° 2012, p. 234.
- FARNSWORTH (E.-A.)**, « *Punitive Damages in Arbitration* », *Arbitration international*, V. 7, Issue 1, 1st March 1991, pp. 3-16.
- FERRIER (N.), SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)**, « *La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau* », *RTD Civ.* 2011, p. 225.
- FLÉCHEUX (G.)**, « *La commission arbitrale des journalistes* », *Rev. arb.*, 1964, p. 36.
- FLICHY (H.)**, « *Le centre national d'arbitrage du travail (CNAT) une innovation juridique au service du justiciable* », in, colloque organisé par la commission de droit social : *Loi Macron, rapport Combrexelle quels enjeux, quels avenir, pour la justice prud'homale ?* 5 déc. 2015.
- FOKOU (É.)**, « *L'apport épistémologique de la notion d'économie du contrat en matière d'interprétation* », in, *Les Cahiers de droit*, vol. 57, n° 4, 2016, p. 715.
- FONTAINE (M.)**, « *La transmission des obligations de lege ferenda* », in, *La transmission des obligations*, 9^{ème} journée Jean DABIN, Louvain-la-Neuve, 23-24 novembre 1978, Bruylant et L.G.D.J. 1980, p.617.
- FOUCHARD (Ph.)**, « *Arbitrage et faillite* », *Rev. arb.*, 1998, p. 471
- FOUCHARD (Ph.)**, *note sous Cass. civ. 1^{ère}*, 1er déc. 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 96.
- FOUCHARD (Ph.)**, « *Anti-suit injunctions in international arbitration. What remedies ?* », in, *Écrits de Philippe FOUCHARD*, CFA, 2007, p. 507.
- FOUCHARD (Ph.)**, *note sous Cass. com.*, 22 nov. 1977, *Rev. arb.*, 1978, p. 463.
- FOUCHARD (Ph.)**, « *Où va l'arbitrage international ?* », *Rev. dr. McGill*, 1989, n° 400, p. 492.
- FRANDESCAKIS (Ph.)**, « *Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation* », *Rev. arb.*, 1974, p. 67.
- FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats* », *RTD civ.*, juillet - septembre 1995, n° 4, p. 574.
- GABARA (O.)**, « *L'intérêt d'une bonne administration de la justice* », *RDP* 2006, p. 153.
- GAILLARD (E.)**, « *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international* », *Rev. arb.*, 1985, p. 241.
- GAILLARD (E.)**, *note sous Cass. civ. 1^{ère}*, 20 déc. 1993, *JDI* 1994, p. 441 et s.
- GAILLARD (E.)**, « *L'effet négatif de la compétence-compétence* », in, *Études de procédure et d'arbitrage*, *Mél.* Jean-François POUDRET, Lausanne, 1999, p. 398 et s.

- GAILLARD (E.)**, « *Impecuniosity of parties and its effect on arbitration : A French view* », in, *Financial Capacity of the parties - A condition for the validity of Arbitration agreement*, ed. German Institute of Arbitration, Peter Lang, 2004, p. 67.
- GAILLARD (E.)**, « *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage* », *Cah. arb.*, 2011, p. 263.
- GARSONNET (E.)**, « *De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription, en réponse à M. Boissonade* », *RPDF*, Paris, 1871, p. 247.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, note sous CA Paris, 26 mars 1991, *Rev. arb.* 1991, p. 469.
- GAUTIER (P.-Y.)**, note sous, Cass. civ. 1^{ère}, 8 fév. 2000, *Rev. arb.*, 2000, p. 280, n°5.
- GHESTIN (J.)**, « *Introduction* », in, *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge*, L.G.D.J, 1992.
- GHESTIN (J.)**, « *La distinction entre les parties et les tiers au contrat* », *JCP* 1992, I, 3628.
- GHESTIN (J.)**, « *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers* », *RTD Civ.*, 1994, n° 5.
- GILLES (A.-M.)**, « *Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé* », *LPA*, 2003, n° 135, p. 6.
- GIRADINA (A.)**, « *L'intervention et l'attraction des tiers dans la procédure arbitrale* », in, *Liber amicorum S. LAZAREFF*, Pedone, 2011, pp.293-314.
- GOBERT (M.)**, « *La publicité foncière française, cette mal aimée* », in, *Études offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 207 et s.
- GOLDMAN (B.)**, « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives* », *Clunet* 1979, n° 21, p. 475.
- GOLDMAN (B.)**, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, *Clunet* 1992, p. 177.
- GOUTAL (J.-L.)**, « *L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats* », in, *Journée du comité français de l'arbitrage*, Paris 5 mai 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 449 et s., spéc. p. 451.
- GRANIER (Th.)**, « *La jonction de procédures arbitrales dans le règlement de la chambre de commerce internationale* », in, coll. : *les procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 133.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)**, « *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif* », *RTD Civ.*, 1994, p. 275 et s.
- GUYADER (H.)**, « *Le subrogé est seul titulaire du droit d'agir, le subrogeant en étant dépossédé* », *RLDA*, n° 47, mars 2010, n° 2754, p. 21 et s.
- HANOTIAU (B.)**, « *L'arbitrage et les groupes de sociétés* », *Gaz. Pal.*, 2002, p. 6.
- HANOTIAU (B.)**, « *L'arbitrabilité* », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Brill, n° 10.
- HANOTIAU (B.)**, « *Mieux maîtriser le temps et réduire les coûts dans l'arbitrage international* », in, *Mélanges KEUTGEN*, Bruylant, 2009, p. 377.
- HARRIS (B.)**, « *L'avenir de l'arbitrage maritime* », *LICAM*, n° 17, 2008.
- HEPP (F.)**, « *Le droit d'auteur « propriété incorporelle ?* », *RIDA*, 1958, p. 161.
- HILAIRE (J.)**, « *L'arbitrage dans la période moderne, XVI — XVIIIe siècles* », *Rev. arb.*, 2000, p. 196.
- JARROSSON (Ch.)**, « *La clause compromissoire* », *Rev. arb.*, 1992, p. 259.

- JARROSSON (Ch.), « Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés », *Bull. ASA*, 1994.
- JARROSSON (Ch.), « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ. com.*, 1996, p. 1 et 2.
- JARROSSON (Ch.), « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001, n° 18, p. 15.
- JARROSSON (Ch.), « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. arb.*, 2016, p. 1022, n° 25.
- JARROSSON (Ch.), « Réflexions sur l'imperium », in, Mél. Pierre BELLET, Litec, 1991, p. 245.
- JARROSSON (Ch.), note sous CA Paris, 19 mai 1993, *Rev. arb.*, 1993, p. 645.
- JARROSSON (Ch.), « L'acceptabilité de la sentence », *Rev. arb.*, 2012, p. 793
- JAULT-SESEKE (F.), « De l'arbitrabilité d'un litige relatif à un contrat de conseil », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2003, *RCDIP*, 2003, p. 641.
- JAULT-SESEKE (F.), « La pluralité de défendeurs et l'indivisibilité n'excluent pas l'arbitrage », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *RCDIP*, 2002, p. 555.
- KAHN (Ph.), « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI* 1989, p. 305.
- KLEIN (F.-É.), « Du caractère autonome de la clause d'arbitrage, notamment en matière internationale », *RCDIP*, 1961, n° 12, p. 521.
- LALIVE (P.), « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *RCADI*, 1967, I, p. 569.
- LALIVE (P.), « Un Faux Problème : Monisme ou Dualisme dans la législation arbitrale ? » in, Mél. François DESSEMONTET, Cedodac, 2009, p. 255.
- LALOU (H.), « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard des tiers », 1928 *DH, Chron.*, p. 69.
- LAMIAUX (S.), « Conflit entre acquéreurs successifs d'un même immeuble. Retour au purisme de la publicité foncière ? », *JCP*, 2010, n° 1146.
- LANDRAUD (D.), « Une remise en ordre des notions d'autorité relative de la chose jugée et opposabilité en matière de nullité de marques », *JCP E*, 1986, II. 15691, p. 322.
- LEBOULANGER (Ph.), « Propos introductifs relatifs aux problématiques spécifiques à l'arbitrage commercial international », in, coll. Procédures parallèles et décisions contradictoires, Bruylant, 2015, p. 67.
- LE BRAS (T.), « Sécurité juridique et publicité foncière : la jurisprudence Vallet est-elle vraiment morte ? », *LPA*, 30 avril 2015, n° 86, p. 80.
- LEVEL (P.), « La jonction de procédures, intervention de tiers et demandes additionnelle et reconventionnelle », *Bull.CCI*, vol. 7, n° 2, déc. 1996, p. 36.
- LIBCHABER (R.), « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD civ.*, 1997, p. 627.
- LIMPENS (J.), « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers : contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels », in, Mél. en l'honneur de P. ROUBIER, vol. 2, Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, Dalloz et Sirey, 1961.
- LOBAN (K.), « Extension of the arbitration agreement to the Third parties », *CEU*, 2009.
- LOQUIN (É.), « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.*, 1994, n° 21 et s., p. 235.

LOQUIN (É.), « Deux principes à distinguer : l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal et la compétence de l'arbitre pour apprécier sa compétence », *RTD com.*, 1997, p. 632.

LOQUIN (É.), « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.*, 2002.

LOQUIN (É.), « Arbitrage – Compétence arbitrale – Étendue », *JCI Procédure civile*, Fasc. 1032, 2008, n° 19.

LOQUIN (É.), « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2010, n° 14, p. 201.

LOQUIN (É.), « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage : commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *RTD com.*, 2011, p. 255.

LOQUIN (É.), note sous *Cass. civ. 1^{ère}*, 4 mai 2017, n° 16-16.853, (*Sté Brisard Dampierre c/Sté Demathieu Bard Construction*), *RTD com.*, 2020, p. 300.

LOQUIN (É.), « L'ordre public et l'arbitrage », *RJ com.*, n° 4, 2018.

LOYNES, note sous *Cass. civ.*, 13 nov. 1912, *DP* 1913. 1. 433.

MAHMOUD (M.-S.), « Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international », *RDAL*, 1996, p. 593.

MALAN (A.), « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3.

MANIRABONA (A.), « Extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires en arbitrage impliquant les sociétés en groupement », *R.D.U.S.*, 2008.

MANIRABONA (A.), « La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des groupements de sociétés », *R.D.U.S.*, 2008, pp.543-573.

MARÉCHAL (C.), « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *D.* 2012, p. 171.

MARRAU (R.), « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *LPA* 1996.

MAYER (P.), « Le contrat illicite », *Rev. arb.*, 1984, p. 210 et s.

MAYER (P.), « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI* 1989, t. 217, n° 210, p. 319.

MAYER (P.), « Les limites de la séparabilité de la clause d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998, n° 3 et s., p. 361.

MAYER (P.), « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international », in, *Liber Amicorum Claude RAYMOND, Litec*, 2004, p. 192.

MAYER (P.), « La circulation des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005, p. 251.

MAYER (P.), « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.*, 2005, p. 361.

MAYER (P.), « *Conflicting decisions in International Commercial Arbitration* », *University of Geneva*, in, *J. Int. Dip. Settlement*, 2013, pp. 407-419

MAZEAUD (L.), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929, pp. 17-56.

MEZGER (E.), « L'arbitrage commercial et l'ordre public », *RTD com.*, 1948, p. 611.

- MEZGHANI (A.)**, « Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage ? », *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2003, spéc. p. 17.
- MOTUSLKY (H.)**, note sous *Trib. civ. Seine*, 7 juin 1956, *JCP* 1956, II, 9460 ; republié in *Écrits II*, p. 321.
- MOURRE (A.)**, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 2001.
- MUNIESA (F.), CALLON (M.)**, « La performativité des sciences économiques », *Papiers de Recherche du CSI* n° 10, 2008, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00258130/document> consulté le 20 septembre 2021.
- NADEAU (D.)**, « Arbitrage et conflit du travail : l'exemple canadien », in, *La procédure entre tradition et modernité*, s. dir. Louis VOGEL, *Droit Global Law*, éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 51.
- NIBOYET (M.-L.)**, « La transmission automatique de la clause d'arbitrage : ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissaire ? », *Gaz. Pal.*, 2003, p. 28.
- NIBOYET (J.-P.)**, « La révision des contrats par le juge. Rapport général », in, rapport préparatoire à la semaine internationale de droit, *SLC*, 1939, p. 12.
- NORMAND (J.)**, note sous *Cass. com.*, 2 janv. 1968, *Cass. civ.*, 15 mars 1968, *RCDIP* 1969, p. 506.
- OPPÉTIT (B.)**, « Le développement des règles matérielles », *RCDIP*, 1988, p. 121.
- OPPÉTIT (B.)**, « Présentation générale », in, *L'arbitrage et les tiers*, Journée du comité français de l'arbitrage, Paris 5 mai 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 433.
- OPPÉTIT (B.)**, « La clause d'arbitrage par référence », *Rev. arb.*, 1990, spéc. p. 553.
- OPPÉTIT (B.)**, « Philosophie de l'arbitrage commercial international », *JDI* 1993, p. 818.
- PARLEANI (G.)**, « Le contrat de lease-back », *RTD com.*, 1973, p. 699.
- PELLERIN (J.)**, « Monisme ou dualisme de l'arbitrage, le point de vue français », *Gaz. Pal.*, 15-17 oct. 2006, p. 3037.
- PERREAU (E.-E.-H.)**, « Origine et développement de la théorie de l'abus de droit », *RGD* 1913, p. 481.
- PERREAU-SAUSSINE (L.)**, « Le conflit entre clause compromissaire et clause attributive de juridiction », in, *Mél. Bernard AUDIT*, *L.G.D.J.*, 2014, p. 612.
- PERROT (R.)**, *Comm. de Cass. civ.* 2^{ème}, 6 mai 2004, n° 02-18.985, *Bull.* 2004, II, n° 220 ; *RTD Civ.*, 2004, p. 559.
- PIEDELIEVRE (S.)**, « Garantie à première demande », *Rép. Com. Dalloz*, 2008, n° 20.
- PINNA (A.)**, « Réflexions sur l'arbitrage forcé », *Gaz. Pal.*, 14-16 déc. 2008, p. 6.
- PINNA (A.)**, « La reconnaissance de l'extension de la clause compromissaire à l'entité objet du contrat », *Cah. arb.*, 2013, p.117.
- PINSOLLE (Ph.)**, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.*, 2011, p. 385.
- PLAISANT (R.), MOTULSKY (H.)**, « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.*, 1956, p. 78.
- POSEZ (A.)**, « La publicité foncière est-elle devenue constitutive de droit ? », *Dalloz*, 2015, p. 2609.
- POUDRET (J.-F.)**, « L'extension de la convention d'arbitrage : approche française et suisse », *JDI* 1995, p. 893-915.

- POUDRET (J.-F.)**, « *L'originalité du droit français au regard du droit comparé* », RIDC, 2004, p.133.
- PRUJINER (A.)**, « *L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?* », Rev. arb., 2005, p. 63.
- RACINE (J.-B.)**, « *Arbitrage et cautionnement en droit français* », CAPJIA 2010, n° 7, p. 353.
- RACINE (J.-B.)**, « *Le principe de validité de la convention d'arbitrage international en droit français : un principe dynamique* », RIDP, 2013, p. 42.
- RACINE (J.-B.)**, note sous CA Paris, pôle 1, ch. 1^{ère}, 23 juin 2020, (*Sté Tout Food Group*); JDI 2021, p. 165.
- REUTER (N.)**, « *La mauvaise foi de l'article 121 du Code de commerce* », RTD. civ., 1974, p. 439.
- RIPERT (G.)**, « *Abus ou relativité des droits* », RCLJ, 1929, n° 33.
- ROSE (F.)**, « *Lex Mercatoria : essays on international commercial law* », in, honour of Francis Reynolds, LLP Professional Publishing, London 2000, p. 263.
- ROSHER (P.)**, « *Conflit de cultures sur les limites de la séparabilité de la clause compromissoire et incidence de la volonté des parties sur les règles régissant l'extension de la clause compromissoire* », CAPJIA 2020, p. 61.
- ROUSSEAU (S.), SMAILI (N.)**, « *La « levée du voile corporatif » en vertu du Code civil du Québec : des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence* », les Cahiers du droit, Vol. 47, n°4, 2006, p. 815-862.
- ROUZET (G.)**, « *Libéralisation de la clause compromissoire* », Defrénois, n° 24, 2016, p. 1299.
- ROZAS (F.), CARLOS (J.)**, « *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international* », Rec. cours La Haye, 2002, n° 290, p. 125.
- RUBELLIN-DEVICHI (J.)**, « *De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralités de défendeurs ou appel en garantie dans la jurisprudence récente* », Rev. arb., 1981, p. 45.
- RUBELIN-DEVECHI (J.)**, « *L'arbitrage et les tiers : les solutions jurisprudentielles* », in, Rev. arb., 1988, p. 524.
- SACHS (K.)**, « *La protection de la partie faible en arbitrage* », Gaz. Pal., 13-17 juill. 2007, p. 22.
- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)**, « *L'action paulienne, l'existence d'une fraude paulienne* », Rép. civ., Dalloz, 2016, n° 44.
- SAVATIER (R.)**, « *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats* », RTD civ., 1934, n° 4, p. 529.
- M. SCHWEBEL (S.)**, « *The Severability of the Arbitration Agreement, International Arbitration : Three Salient Problems* », Grotius, 1987.
- SELIM (I.)**, « *Les règles matérielles adaptées aux besoins de l'arbitrage du commerce international* », in, Droit sans frontières, Mél. en l'honneur d'Éric LOQUIN, éd. LexisNexis Litec, 2018, p. 305.
- SERAGLINI (Ch.)**, « *Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavy* », Cah. arb., éd. Gaz. Pal., 2002, p. 87.
- SERGHINI (A.)**, « *La fonction du Hakam arabe préislamique : survivance et résurgence* », Revue académique des lettres et des sciences humaines, Université de Mostaganem, Algérie, 2019.

SIMON (Ph.), « *Qui est le transporteur maritime ?* », DMF 1995, p. 26, spéc. p. 27 : « *En cas d'affrètement, l'affrètement à temps ... et le fréteur au voyage ... ont la qualité de transporteur* ».

STARCK (B.), « *Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui* », J.C.P, 1954, n° 1180.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « *La nouvelle clause compromissoire dans les groupes de contrats* », *Cah. arb.*, 2017, p. 47.

TAKIZAWA (I.), « *La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté* », in, *Ruptures et continuité du droit- autour de Michelle GOBERT*, *Economica*, 2004, p. 377 et s., spéc. p. 385.

THÉRY (Ph.), *note sous Cass. civ. 2^{ème}, 1991, op. cit., p. 325.*

B. THOMPSON (R.), « *Piercing the Corporate Veil : An Empirical Study* », 76 *Cornell L. Rev.*, 1991, p. 1036.

TOMASI (T.), *obs. s. Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, n° J 13-17402, CAPJI, 2015.*

TRAIN (F.-X.), « *Arbitrage et action directe : à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007* », *Cah. arb.* 2007/3, p. 6.

TRAIN (F.-X.), « *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international* », *Rev. arb.*, 2012, p. 267.

VERBIST(H.), ERAUW (J.), « *Enquête concernant l'arbitrage et le monde des affaires* », *Rev. arb.* 1980, p. 692.

VIDAL (D.), « *The Extension of Arbitration Agreements Within Groups of Companies : The Alter Ego Doctrine In Arbitral and Court decisions* », *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2005.

VIRASSAMY (G.), « *La connaissance et l'opposabilité* », in, *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge*, L.G.D.J, 1992.

WEILLER (L.), *note sous Cass. civ., 1^{ère}, 28 mai 2008, JCP G 2008, actu., n° 245, p. 265.*

WICKER (G.), « *La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général* », *RDC* 2007, p. 593.

WILLEMS (J.), « *L'arbitrage et l'indivisibilité procédurale* », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 123, p. 32.

WINTGEN (R.), « *"Tout fait quelconque..." : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil* », *RDC* 2007, p. 609.

IV. JURISPRUDENCES

- Conseil Constitutionnel

- Cons. Const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* ; RFDA 1987, p. 287, note GENEVOIS, p. 301, *comm.* FAVOREU ; AJDA 1987, p. 345, note CHEVALLIER ; JCP 1987, II, p. 20 854, note SESTIER ; *Gaz. Pal.* 18—19 mars 1987, *comm.* LEPAGE-JESSUA.
- Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, *D.* 1990, p. 161, note PRÉTOT.
- Décision n° 96-378 DC du 23 juill. 1996.
- Cons. Constit., 2 déc. 2004
- Cons. Const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, AJDA 2010, p. 80, *étude* ROBLOT-TROIZIER et p.88, *étude* VERPEAUX ; RFDA 2010, p. 1, *étude* GENEVOIS.
- Cons. const., 14 mai 2012, n° 2012-243/244/245/246/QPC.

- Conseil d'État

- CE avis, 6 mars 1986, n° 339710, *Eurodisney*, EDCE 1987, n° 38, p. 178 ; *Rev. arb.*, 1992, p. 397.
- CE 29 oct. 2004, *Rev. arb.*, 2005, p. 134, note FOUSSARD.
- CE, 23 déc. 2015, (*Brooland Pacifique c./Administration supérieure des îles Wallis et Futuna*), *Rev. arb.*, 2016, p. 349 ; *D.* 2016, p. 2025, *obs.* BOLLÉE ; JCP 2016, 900, n° 5, *obs.* SERAGLINI.
- CE, 7^{ème} et 2^{ème}, chambres réunies, 26 janv. 2018, n° 40-2270
- CE 2^{ème} et 7^{ème} Chambres réunies, 31 juill. 2019, n° 411984, Recueil Lebon.

- Cour de cassation

- Cass. civ., 25 janv. 1820, S. 29.1.213.
- Cass. civ., 10 juill. 1843, S. 1843, I, p. 561 ; *D.* 1843, I, p. 343 ; *Rev. arb.*, 1992, p. 399.
- Cass. civ., 18 déc. 1844, DP 1845, I, 15
- Cass. civ., 22 juin 1864, DP 1864, 1, 412, S. 1864, 1, 349.
- Req. 18 nov. 1868, *D.* 1869, 1, 128.
- Cass. civ., 25 mai 1870, DP 1870, 1, p. 257 ; S. 1870, 1, p. 341.
- Req., 16 juill. 1889, DP 1890, I, 40.
- Cass. civ., 27 juin 1892, *D.P.*, 1892, I, p.379 ; S. 1892, I, p.447.
- Cass. civ., 7 juill. 1897, S. 1898.I.113, note WAHL.

- Req., 2 avril 1902, *D.* 1901. 1. 263 ; 6 février 1906, *S.* 1906. 1. 65 ; 10 mars 1915, *S.* 1916. 1. 5 ; 23 janvier 1928, *D.H.* 1928. 114.
- Cass. civ., 26 avril 1906, *D.* 1907, I, 25, *note* VALÉRY.
- Cass. civ., 27 mai 1908, *S.* 1910.1.118, *D.*, 1908.1.459
- Cass. civ., 15 janv. 1918, *DP* 1918, I, 17
- Cass. civ., 7 déc. 1925, *DP* 1926.1.185
- Cass. civ., 19 fév. 1930, *JDI* 1930, p. 90, *note* J.P ; *RCDIP* 1931, p. 514 ; 1930 *DH*, p. 228 ; *S.* 1933, p. 41, *note* NIBOYET.
- Cass. civ., 27 jan. 1931, *RCDIP* 1931, p. 514 (2^{ème} espèce), *note* NIBOYET.
- Cass. com., 22 févr. 1949, *JCP* 1949, II, p. 4899.
- Cass. com., 12 juill. 1950, *Bull. civ. II*, n° 258.
- Cass. com., 29 nov. 1950, *JCP* 1951, IV, p. 5 ; *S.* 1951, I, p. 120 *note* ROBERT ; *RTD com.*, 1951, p. 275, *obs.* BOITAUD ; *RTD civ.*, 1951, p. 106, *obs.* HÉBRAUD et RAYNAUD ; *D.* 1951, p. 170.
- Cass. soc., 11 nov. 1954, *D.* 1955, p. 22.
- Cass. soc., 12 nov. 1954, *Bull. civ. IV*, n° 691.
- Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 1957, *Rev. arb.*, 1957, p. 132 ; *RCDIP*, 1957, p. 495, *note* MEZGER.
- Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, *JCP* 1963, II, 13605, *note* ESMEIN ; *RTD civ.* 1963. 373, *obs.* CORNU, *Grants arrêts*, t. 2, n° 281.
- Cass. com., 30 janv. 1963, *Rev. arb.*, 1963, p.91
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *D.* 1963, *Jur.* p. 545, *note* ROBERT ; *RCDIP* 1963, p. 615, *note* MOTULSKY ; *JDI* 1964, p. 83, *note* BREDIN ; *JCP* 1963, II, n° 13405, *note* GOLDMAN ; *Rev. arb.*, 1963, p. 60, *note* FRANCESKAKIS.
- Cass. com., 3 janv. 1964, *Bull. civ. III*, n° 3, p. 2.
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 1964, *Bull. civ., I*, 1964, n° 188 ; *JDI* 1965, p. 645, *note* GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 68, *note* BATIFFOL ; *D.* 1964, p. 637, *note* ROBERT ; *Rev. arb.*, 1964, p. 82 et 137, *note* ROBERT.
- Cass. com., 16 juil. 1964, *Rev. arb.*, 1964, p. 125 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 13 avril 1972, *JCP* 1972, II, 17 189, *note* LEVEL ; *D.* 1973, p. 2, *note* ROBERT ; *Rev. arb.*, 1975, p. 235, *note* LOQUIN.
- Cass. com., 13 oct. 1965, n° 62-12.016, *BT* 1966, p. 95
- Cass. civ. 2^{ème}, 13 janv. 1966, *Bull. civ., II*, n° 51
- Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, n° 12 255, *Bull. civ., I*, 1966, n° 256 ; *RCDIP*, 1967, p. 553, *note* GOLDMAN ; *JDI* 1966, p. 648, *note* LEVEL ; *D.* 1966, p. 575, *note* ROBERT, ANCEL et LEQUETTE.
- Cass. civ. 2^{ème}, 13 mai 1966, *Bull. civ. II*, 1966, n° 571 ; *RCDIP*, 1967, p. 355, *note* MEZGER.
- Cass. civ., 6 juin 1966, *D.* 1966, j. 481, *note* VOULET.

- Cass. com., 30 janv. 1967, *Rev. arb.*, 1967, p. 92 ; *RTD com.*, 1967, p. 483, *obs.* BOITARD.
- Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1968, *D.* 1968, p. 412, *note* MAZEAUD. *JCP* 1968, II, 15587
- Cass. com., 30 oct. 1968, *JCP*, 1969, II, 15964, *note* PRIEUR.
- Cass. civ. 2^{ème}, 2 juill. 1970, *Rev. arb.*, 1970, p. 78.
- Cass. civ. 3^{ème}, 9 juill. 1970, *Bull. civ. III*, 1970, n° 471.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1970, *Bull. civ. I*, n° 241, p. 196.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 17 juin 1971, *JCP* 1971, II, 16 914, *note* LEVEL ; *Rev. arb.* 1972, p. 10, *note* MOREAU.
- Cass. com, 11 oct. 1971, *Bull. civ. IV*, n°237, p. 221 ; *D.* 1972, p.120.
- Cass. civ. 2^{ème}, 16 fév. 1972, n° 70-11. 533.
- Cass. com., 6 juin 1972, *Bull. civ. IV*, n° 178, *JCP* 1973, *note* A.S., *RTD Civ.* 1973, p. 73, *obs.* JAUFFRET.
- Cass. civ. 3^{ème}, 27 juin 1972, n° 71-11.786.
- Cass. Civ., 1^{ère}, 4 juill. 1972, *JDI* 1972, p. 843, *note* OPPETIT ; *RCDIP* 1974, p. 82, *note* LEVEL ; *RTD com.* 1973, p. 499, *obs.* LOUSSOUARN ; *Rev. arb.*, 1974, p. 89.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 14 mars 1973, *Rev. loy.*, 1973, p. 312
- Cass. civ., 3^{ème}, 30 janv. 1974, n° 72-14197, *D.* 1975. 427, *note* PENNEAU, *JCP* 1975. II.18001, *note* DAGOT, *Defrénois* 1974, 637, *note* GOUBEAUX, *Grands arrêts*, n° 175, p. 175.
- Cass. civ. 3^{ème}, 15 mai 1974, *Bull. civ. III*, n° 202.
- Cass. ass. plén. 14 fév. 1975
- Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1975, *Rev. arb.*, 1976, p. 189, *note* LOQUIN.
- Cass. civ. 3^{ème}, 25 juin 1975, *Bull. civ. III*, n° 217
- Cass. soc., 14 janv. 1976, *Bull. civ. V*, n° 25 ; *JDI* 1977, p. 495, *note* LYON-CAEN.
- Cass. civ. 3^{ème}, 22 avril 1976, *Bull.* n° 165.
- Cass. com., 15 juill. 1976, *RDCIP* 1976, p. 132, *note* LAGARDE, *Rev. arb.*, 1976, p. 117, *note* FUNCK-BRENTANO.
- Cass. civ. 3^{ème}, 22 févr. 1977, n° 75-12717, *Bull. civ. III*, n° 91.
- Cass. com., 22 nov. 1977, *Rev. arb.*, 1978, p. 461, *note* FOUCHARD.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1978, *JDI*, 1978, p. 908, *note* OPPETIT ; *Rev. arb.*, 1979, p. 230, *note* LEVEL
- Cass. civ. 3^{ème}, 6 fév. 1979, *JCP IV*, 1979, n° 121.
- Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1979, *D.*1979, p. 488.
- Cass. civ. 2^{ème}, 20 juin 1979, *Bull. civ. II*, n° 186.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1979, *Bull. civ. I*, 1979, n° 241, p. 192 ; *D.* 1980, IR 222, *obs.* LARROUMET ; *RTD civ.* 1980, n° 354, *obs.* DURRY.

- Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1980, n° 78-15.532, *JDI* 1980, p. 874, *note* LOQUIN;
- Cass. com., 19 mars 1980, *Bull.* n° 137.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 30 sept. 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 431, *note* LOQUIN ; *JCP* 1982, II, 19752, *note* LEVEL.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 janvier 1982, n° 80-15.960.
- Cass. civ. 3^{ème}, 5 mai 1982, *Bull. civ. III*, n° 116, *D* 1983, IR, 17, *obs.* ROBERT.
- Cass. com., 19 juill. 1982, *Bull. civ. IV*, 1982, n° 280, p. 261.
- Cass. com., 8 nov. 1982, *Rev. arb.*, 1983, p. 177, *obs.* RUBELLIN-DUVICHE.
- Cass. com., 20 déc. 1982, *Rev. arb.*, 1984, p. 477, *note* MOREAU.
- Cass. com., 16 fév. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 69
- Cass. com., 12 juill. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 217.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 1983, *Bull. civ. I*, 1983, n° 291, p. 260 ; *RTD civ.*, 1984, n° 9, p. 717.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1983, *Rev. arb.*, 1984, p. 483, *note* RONDEAU-RIVIER
- Cass. com., 10 janv. 1984, n° 83-10.066.
- Cass. soc., 25 janv. 1984, *Bull. civ. V*, n° 31, p. 24 ; *D.* 1984, I.R. p. 443, *obs.* SERRA.
- Cass. civ. 3^{ème}, 19 juin 1984, *D.* 1985, n° 213, *note* BÉNABENT ; *JCP* 1985. II. 20387, *note* MALINVAUD ; *RTD civ.* 1985, n° 406, *note* RÉMY.
- Cass. com., 23 oct. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 272, p. 222.
- Cass. soc., 5 nov. 1984, *Rev. arb.*, 1986, p. 47 (1^{er} espèce), *note* MOREAU-BOURLÈS.
- Cass. crim., 4 fév. 1985, n° 84-91581.
- Cass. ass. plén., 7 fév. 1986, *D.* 1986, p. 286, *note* BÉNABENT.
- Cass. com., 4 juin 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 139, *note* GOUTAL ; *RTD civ.* 1986, p. 593, *obs.* MESTRE.
- Cass. com., 11 déc. 1985 ; *Lamy Stés comm.*, n° 1878.
- Cass. civ. 3^{ème}, 17 juill. 1986, *Bull.* n° 118 ; *RTD civ.* 1987. 368, *obs.* GIVERDON et SALVAGES-GEREST ; *Defrénois* 1987, p. 1178, *obs.* AYNÈS.
- Cass. com., 19 mai 1987, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *Rev. arb.*, 1988, p. 144, *note* ANCEL.
- Cass. com., 9 juin 1987, n° 85-13.780, *Bull. civ. IV*, n° 144 ; *Rev. arb.*, 1988, p. 557.
- Cass. com., 7 nov. 1987 ; *Rev. soc.*, 1988, n° 3, p. 393.
- Cass. com., 16 fév. 1988, n° 86-19.645.
- Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 139 ; *D.* 1988, IR 145 ; *Rev arb.*, 1988, p. 639, *note* JARROSSON.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 51, *note* GOUTAL.
- Cass. com., 18 oct. 1988, *RD. Banc. et Fin.*, 1989, p. 31, *obs.* JEANTIN et VIANDER.
- Cass. civ. 3^{ème}, 16 nov. 1988, *Bull. civ. III*, n° 163, p.88 ; *D.* 1989, *note* MALAURIE.

- Cass. civ. 3^{ème}, 16 nov. 1988, *D.* 1989, j. 157, *note* MALAURIE.
- Cass. com., 16 nov. 1988, *BRDA* 1989, n° 1, p. 5.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1988, n° 86-14.396, *Rev. arb.*, 1989, p. 641, *note* GOLDMAN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 fév. 1990, *JCP* 1990, IV, 139 Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1990, n° 87-19162.
- Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 285, *note* LOQUIN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 1990, *Rev. arb.*, 1990, p. 851, *note* MOITRY et VERGNE ; *JDI* 1992, p. 168, *note* LOQUIN.
- Cass. civ. 2^{ème} 12 déc. 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 317, *note* THÉRY.
- Cass. com, 8 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, 1991, n° 20 p. 12.
- Cass. com., 05 fév. 1991, *Bull. civ. V*, n° 51, p. 34.
- Cass. com., 5 mars 1991, n° 88-19.629.
- Cass. com., 5 mars 1991, n° 89-19.940, *Rev. arb.*, 1992, p. 66 et s.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, n° 90-12. 966.
- Cass. ass. plén., 12 juill. 1991, *D.* 1991, n°25, *note* KULLMANN ; *JCP* 1990. II. 21154, *note* BOUILLOUX-LAFFONT.
- Cass. com, 22 oct. 1991, *D.* 1993, p. 181, *note* GHESTIN.
- Cass. com., 7 janv. 1992, n° 90-11.645, *Rev. arb.*, 1992, p. 553, *note* DELEBECQUE.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 janv. 1992, *JDI*, 1992, p. 707, *note* JARROSSON ; *Rev. arb.*, 1992, p. 470, *note* BELLET ; *RTD com.*, 1992, p. 796, *obs.* DUBARRY et LOQUIN.
- Cass. com., 3 mars 1992, *Rev. arb.*, 1992, p. 560, *note* DELEBECQUE.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1992, (*Sonetex c./Charphil*), n° 90-17.024, *Rev. arb.*, 1993, p. 273, *note* MAYER ; *JDI* 1993, p. 140, *note* AUDIT.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1992, *Rev. arb.*, 1993, p. 611, *note* DELEBECQUE ; *RTD com.*, 1993, p. 295, *note* LOQUIN.
- Cass. com., 18 mai 1993, *RTD.com.*, 1996, p. 22.
- Cass. com., 01 juin 1993 n° 91-14.740, *RJDA*, 1993, n° 622.
- Cass. com., 8 juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 233.
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1993, *D.* 1994, *somm. com.*, p. 231, *obs.* PAISANT ; *Defrénois* 1994, p. 793, *obs.* DELEBECQUE ; *RTD civ.*, 1994, p. 606, *obs.* MESTRE.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 nov. 1993, n° 91-15. 194, (*Sté Bomar Oil NV c./ETAP (Bomar Oil II)*), *Rev. arb.*, 1994, p. 108 et s., *note* KESSEDJIAN ; *JDI* 1994, p. 1994, p. 690 et s., *note* LOQUIN.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993, *JDI* 1994, p. 432, *note* GAILLARD ; *JDI* 1994, p. 690, *note* LOQUIN ; *Rev. arb.* 1994, p.116, *note* GAUDEMET-TALLON ; *RCDIP* 1994, p. 663, *note* MAYER.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 fév. 1994, *Defrénois*, 1994, *note* DELEBECQUE.

- Cass. com., 21 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 255 ; *D. 1995. Somm.* 91, *obs.* AYNÈS ; *JCP* 1994, I, 3803, *obs.* BILLIAU, *RTD civ.* 1995, 113, *note* MESTRE ; *Deffrénois* 1994, p. 1468, *note* MAZEAUD.
- Cass. com., 29 nov. 1994, *DMF* 1995, p. 218, *note* TASSEL.
- Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, *D. 1995*, p. 327, *note* PAISANT ; *RTD civ.* 1995, p. 362, *obs.* MESTRE.
- Cass. com., 4 avril 1995, *D. 1996*, p. 141, *note* PICQUET.
- Cass. com., 16 mai 1995, n° 93-15.042.
- Cass. com., 20 juin 1995, *Rev. arb.*, 1995, p. 622, *note* GOUTAL.
- Cass. civ. 3^{ème}, 19 juil. 1995, *Bull. civ. III*, n° 205
- Cass. com., 3 janv. 1996, *Bull.* n° 2.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 20 fév. 1996, n° 93-21.128, *Bull. civ. I*, 1996, n° 86.
- Cass. com., 26 nov. 1996, *RJDA*, 1997, n° 300.
- Cass. com., 1^{er} avril 1997, n° 95-12.025.
- Cass. com., 1^{er} avril 1997, n° 94-17.178.
- Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n° 95-11.429 et 95-11.427 [2 arrêts], *Rev. arb.*, 1997, p. 537, *note* GAILLARD ; *RTD com.*, 1998, p. 330, *obs.* DUBARRY et LOQUIN ; *Rev. crit. DIP*, 1998, p.87, *note* HEUZÉ ; *Dr. et patr.*, 1997, n° 1800, *obs.* LAROCHE et ROUSSANE ; *RGDP*, 1998, p.156, *obs.* RIVIER ; *JDI* 1998, p. 969, *note* POILLOT-PERUZZETTO.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, n° 95-17.603, *Rev. arb.*, 1998, p. 537; *RCDIP*, 1999, p. 92, *note* MAYER.
- Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-10.006.
- Cass. civ. 1^{ème}, 18 nov. 1997, n° 95-13082 et 95-13495.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 481, *note* JARROSSON
- Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-13.168.
- Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1998, n° 96-16.187, *Bull. civ. III*, 1998, n° 135.
- Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, *Bull. civ.*, I, n° 2 ; *Rev. arb.* 1999, p. 260, *note* FOUCHARD. *RTD com.* 1999, p. 380, *obs.* LOQUIN ; *RCDIP* 1999, p. 546 *note* BUREAU.
- Cass. civ. 2^{ème}, 21 janv. 1999, n° 95-18.761, *Bull. civ. II*, n° 16 ; *RTD com.*, 1999, p. 844, *obs.* LOQUIN
- Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1999, *Bull. civ. I*, n° 32 ; *D. 1999*, *Somm.* p. 263, *obs.* DELEBECQUE.
- Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n° 97-14879
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1999, n° 97-13.253, *Rev. arb.*, 2000, p. 85.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 8 fév. 2000, n° 95-14.330, *Rev. arb.*, 2000, p. 280, *note* GAUTIER ; *RCDIP* 2000, p. 763, *note* COIPEL-CORDONNIER ; *RTD com.* 2000, p. 596, *obs.* LOQUIN.

- Cass. com. 22 févr. 2000, n° 97-18.728, CCC 2000, n° 81, obs. MALAURIE-VIGNAL.
- Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-19.182.
- Cass. com., 14 nov. 2000, *Rev. arb.*, 2001, p. 559, note LEGROS
- Cass. com., 19 déc. 2000, n° 97-19.691.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 765, note COHEN ; *JCP* 2001, II, 10567, note LEGROS ; *RCDIP* 2001, p. 522, note JAULT-SESEKE ; *D.* 2001, p. 1135, obs. DELEBECQUE ; CCC juin 2001, 82, obs. LEVENEUR ; *Deffrénois* 2001, p. 708, obs. LIBCHABER ; *JCP E* 2001, n° 29, p. 1238, note MAINGUY et SEUBE ; *Dr. et Patr.* 2001, n° 95, p. 120, obs. MOUSSERON.
- Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-14.965, *Bull. civ. IV*, n° 89 ; *D.* 2001. 1873, obs. LIENHARD ; *D.* 2001. 3429, obs. HONORAT ; *RTD civ.* 2001. 634, obs. CROCQ.
- Cass. com., 22 mai 2001, *Rev. arb.*, 2002, p.146, note ANCEL.
- Cass. com., 29 mai 2001, *RJDA* 2001, n° 1002.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 530 et s., note GAILLARD ; *JCP E*, 2002. 274, p. 277 et s., note KAPLAN et CUNIBERTI ; *RTD com.*, 2002, p. 49 et s., obs. LOQUIN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, *Rev. arb.*, 2002, p. 919, note COHEN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 2001, *Bull. civ. II*, n° 198 ; *RTD com.*, 2002, p. 279, obs. LOQUIN ; *D.* 2002, IR p. 251.
- Cass. civ. 2^{ème}, 31 janv. 2002, *JCP G*, 2003, I, 105, n° 5, obs. SERAGLINI.
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *JDI* 2003, p. 139, LOQUIN.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 4 avril 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 103 (1^{er} espèce), note DIDIER ; *JCP G* 2003, I, 105, n° 2, obs. SERAGLINI. *D.* 2003, p. 1117, note LEGROS.
- Cass. com., 9 avril 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 103 (2^{ème} espèce), note DIDIER ; *JCP G* 2003, I, 105, n° 2, note SERAGLINI ; *D.* 2003, p. 1117, note LEGROS et som. p. 2470, obs. CLAY.
- Cass. com., 28 mai 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 397, note COHEN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, *RTD com.*, 2002, p.667, obs. LOQUIN ; *Rev. arb.* 2003, p. 397, note COHEN.
- Cass. com., 2 juill. 2002, *JCP G* 2003, I, 105, n° 3 obs. BÉGUIN
- Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 2002, n° 01-11882.
- Cass. civ. 3^{ème}, 9 juill. 2003, *Bull. civ. III*, 2003, n° 145.
- Cass. civ. 2^{ème}, 10 juill. 2003, n° 01-16964, *Juris Data* n° 2003-019932.
- Cass. com., 14 janv. 2004, n° 02-12.818.
- Cass. com., 14 janv. 2004, n° 02-15.541, *Bull. civ., IV*, n° 10 ; *D.* 2004, AJ 278, obs. LIENHARD.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, (*Navire Avlis*), *Bull. civ. I*, n° 82, *RGDA* 2004, 528, note LATRON ; *Rev. arb.*, 2004, p. 843, *JDI* 2004, 1187, (2^{ème} espèce), note SANACHAILLE DE NERÉ.

- Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *D.* 2004, p. 2458, *note* NAJJAR ; *D.* 2005. 3050, *obs.* CLAY ; *RTD com.*, 2004, p. 447, *obs.* LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2005, p. 115, *note* BOUCONZA ; *JCP* 2005. I. 134, § 3, *obs.* SERAGLINI.
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 avril 2004, *Bull. civ. I*, n° 113, *D.* 2004.
- Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-13.940, *D.* 2004, p. 1732, *note* LIENHARD ; *RTD com.*, 2004, p. 439, *note* LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2004, p. 596, *note* ANCEL ; *LPA* juill. 2004, n° 145, p. 15, *note* TOUCHENT.
- Cass. civ. 1^{ère}, 12 oct. 2004, n° 01-03.213.
- Cass. com., 23 nov. 2004, n° 02-15.642.
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, *Bull. civ. I*, n° 50.
- Cass. civ. 1^{ère}, 1er fév. 2005, *Bull. civ. I*, n° 64 ; *Dr. et Patrim.*, 2006, n°144, p. 94, *obs.* AMRAN-MEKKI ; *JCP* 2005, I, p. 179, § 8, *obs.* BÉGUIN ; *JCP* 2005, I, p. 183, § 4, *obs.* CLAY ; *Rev. cont.* 2005, p. 99, *note* LAGARDE.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005, *Bull. civ. I*, 2005, n° 302 ; *Rev. arb.*, 2005, p. 993, *obs.* PINSOLLE ; *D.* 2005, p. 3050, *obs.* CLAY ; *RTD com.*, 2006, p. 309, *obs.* LOQUIN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, (*Sté Omenex c./M. Hugon*), *D.* 2005, p. 3052 et p. 3060, *obs.* CLAY, *D.* 2006, p. 199, *avis* SAINTE-ROSE ; *JCP G* 2006, I, 148, n° 6, *obs.* BÉGUIN ; *Rev. arb.*, 2006, p. 103, *note* RACINE ; *JDI* 2006, p. 966, *note* TRAIN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, (*Navire Lindos*), *Bull. civ. I*, n° 420, *PA* 2006, n° 114, p. 20, *avis* SAINTE-ROSE ; *CA Paris*, 15 oct. 2008, *DMF* 2008, 1031, *obs.* BONNASSIES, *BTL* 2008, 684.
- Cass. civ. 1^{ère}, 10 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n° 6 ; *D.* 2006., *Jur.* 2129, *note* BERT ; *AJ.* 365, *obs.* DELPECH ; *Defrénois* 2006, p. 597, *obs.* SAVAUX ; *RTD civ.* 2006, p. 552, *obs.* MESTRE et FAGES.
- Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2006, n° 03-19.630 F-P+B, *JurisData* n° 2006-031900, *obs.* BEIGNIER.
- Cass. com., 21 fév. 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 943.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 2006, *Defrénois* 2006. 1194, *note* AUBERT.
- Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 P : R., p. 330 ; *JCP* 2006 II. 10142, *note* LEVENEUR.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Bull. civ. I*, n° 287 ; *JDI* 2006, p. 1384, *note* MOURRE ; *Rev. arb.*, 2006, p. 945, *note* GAILLARD.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006, (*Sté Champion c./Sté Recape*)
- Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, *D.* 2006, p. 2135, *note* WEILLER ; *JCP G* 2006, I, p. 183, § 15, *obs.* AMRANI MEKKI.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 969, *note* LARROUMET ; *RTD civ.*, 2006, p. 773, *obs.* LOQUIN ; *JCP G* 2006, II, 10183, *note* LEGROS ; *D.* 2006, pan. 3028, *obs.* CLAY.
- Cass. Civ. Ass. Plén., 6 oct. 2006, *Bull. civ.*, IX, p. 213, n° 05-13255, *D.* 2006, p. 2828, *note* VINEY ; *JCP G* 2006, II, 10 181, *avis* GARIAZZO et *note* BILLIAU ; *RDC* 2007, p. 279, *obs.* CARVAL ; *JCP* 2007, I, 113, n° 4, *obs.* STOFFEL-MUNK ; *RTD civ.* 2007,

p. 115, *obs.* MESTRE et FAGES, p. 123, *obs.* JOURDAIN ; *RDC* 2007, p. 269, *obs.* MAZEAUD ; p. 379, *obs.* SEUBE.

- Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, n° 04-10.201, (*Société laboratoires Besins international*) ; *Bull. civ. I*, n° 440 ; *Rev. arb.*, 2008, p. 307, *note* COHEN
- Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 279, *note* PIC.
- Cass. com., 13 fév. 2007, n° 05-17.407, *Bull. civ.*, IV, n° 43 ; *JCP* 2007, II, 10 063, *note* SÉRINET
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, n° 06-11.814.
- Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, n° 05-10.794, *Bull. civ. III*, n° 33 ; *D.* 2007. 942, *obs.* ROUQUET.
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 04-20.842.
- Cass. civ., 3^{ème}, 25 avril 2007, n° 03-16.362
- Cass. com., 5 juin 2007, *Bull. civ. IV*, 2007, n° 156
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2007, n° 811 F-P+B.
- Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06-20.111.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, *RCDIP* 2008, 128, *note* MUIR-WATT ; *Bull. ASA*, 2009, 213, *note* SCHWENZER et MOHS.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 07-12349.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13266, *Bull. civ.*, I, n° 153 ; *D.* 2008. AJ., p. 1629, *note* DELPECH ; *RTD civ.* 2008, p. 551, *obs.* PERROT ; *JCP G* 2008, II, p. 10170, *note* BOLARD ; *Rev. arb.*, 2008, p. 461, *note* WEILLER ; *Gaz. Pal.*, 21 fév. 2009, n° 52, p. 53, *obs.* TRAIN ; *RDC* 2008, p. 1143, *note* DESHAYES.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2008, *Bull. civ. I*, n° 171.
- Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n° 07.18744, *Rev. arb.*, 2008, p. 846.
- Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-21888.
- Cass. com., 2 déc. 2008, n° 07-17.539, n° 07-19201.
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, n° 07-19F, *BICC*, 1^{er} mai 2009, n° 771
- Cass. Ass. Plén., 27 févr. 2009, *D.* 2009. AJ. 723, *obs.* DELPECH, et *Juri.* 1245, *note* HOUTCIEFF ; *JCP* 2009. II. 10073, *note* CALLÉ.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *Bull. civ. I*, 2009, n° 86 ; *D.* 2009. 1422, *obs.* DELPECH, et 2966, *obs.* CLAY ; *RTD com.*, 2009, p. 546, *obs.* LOQUIN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, *Bull. civ. I*, n° 113 ; *D.* 2009, p. 2137 *note* LABARTHE ; *RTD civ.*, 2009, p. 530, *obs.* FAGES.
- Cass. civ. 1^{ère}, 1 juill. 2009, n° 08-12.494 ; *Cah. arb.*, 2010, n° 2, p. 453, *note* ORTSCHIEDT.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2009, *D.* 2009, p. 1957, *obs.* DELPECH ; *ibid.*, p. 2384, *obs.* AVOUT et BOLÉE ; *ibid.*, p. 2959, *obs.* CLAY ; *Rev. crit. dip.*, 2009, p. 779, *note* JAULT-SESEKE ; *Rev. arb.*, 2009, p. 529, *note* COHEN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 30 sept. 2009, n° 08-15.708.

- Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-82873.
- Cass. civ. 3^{ème}, 3 févr. 2010, n° 09-11.389, *Bull. civ. III*, n° 32 ; *RJDA* 2010, n° 333.
- Cass. civ. 3^{ème}, 10 fév. 2010, n° 08-21656, *Defrénois*, 2010, n° 39123, *note* PIEDELIÈVRE.
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-21641.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 23 mars 2010, n° 09-14.445.
- Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13118
- Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 2010, n° 09-15891, *Defrénois*, 2011, n° 40178, *obs.* PIEDELIÈVRE.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Bull. civ.*, I, 2010, n° 157.
- Cass. civ. 3^{ème}, 13 juill. 2010, n° 09-67516, *RDC* 2010, p. 1, *obs.* DESHAYES ; *JCP E* 2010, n° 51, *obs.* MOUSSERON ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 304, p. 16, *obs.* HOUTCIEFF.
- Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 2011, n° 10-10667 : *Defrénois*, 2011, *ibid.*, *D.* 2011, p. 851, *note* AYNÈS ; *RTD civ.* 2011, p. 158, *obs.* CROCQ.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2010, n° 09-68.014.
- Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-17.380.
- Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *D.* 2011, p. 2345 : *JCP G* 2011, p. 1250, *obs.* HOUTCIEFF ; *JCP G* 2011, p. 1397, *obs.* AMRANI-MEKKI.
- Cass. civ. 1^{ère}, 12 oct. 2011, *D.* 2011, p. 3023, *obs.* CLAY ; *Procédures* 2011, 371, *note* WEILLER, *RCDIP*, 2012, p. 121, *note* MUIR-WATT.
- Cass. civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, n° 10-17.708.
- Cass. com., 2 nov. 2011, n°10-24.624.
- Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27388.
- Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-12.905.
- Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 2012, n°11-11084, *BICC*, 15 mai 2012, n° 762.
- Cass. civ. 1^{ère}, 29 fév. 2012, n° 11-12.782, *JCP G* 2012, p. 405, *obs.* MONÉGER et p. 843, *obs.* ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.*, 2012, p. 359, *note* DE FONTMICHEL.
- Cass. civ. 3^{ème}, 19 juin 2012, n° 11-17105.
- Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2012, n° 10-20797.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, n° 11-25.891, *JCP G* 2012, *Doctr.* 1354, n°5, *obs.* SERAGLINI.
- Cass. civ. 2^{ème}, 21 nov. 2012, *Rev. arb.*, 2012, p. 283 (2^{ème} espèce), *note* BANDRAC.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2013, n° 12-12.226.
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 fév. 2013, n° 11-24.373.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n° 11-27.770 ; *Rev. arb.*, 2013, p. 746, *note* TRAIN ; *JCP G* 2013, p. 559, *note* BÉGUIN et WANG ; *JCP G* 2013, act. 408, *obs.* BÉGUIN ; *JCP G* 2013, *doctr.*, p. 784, n° 4, *obs.* SERAGLINI ; *D.* 2013, 2944, *obs.* CLAY ; *Gaz. Pal.*, 30 juin-2 juill., 2013, p. 16, *obs.* BENS AUDE ; *Cah. arb.*, 2013, p. 479, *note* PINA ;

Proc., 2013, p.189, *note* WEILLER ; *LPA* 27 janvier 2014, n° 19, p. 9, *note* DE FONTMICHEL.

- Cass. civ. 3^{ème}, 10 juill. 2013, n° 12-21.910.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n° 12-23357, *Defrénois*, 2015, p. 195, *note* LATINA.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, 09-12.442.
- Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-24.083.
- Cass. soc., 18 juin 2014, n° 12.29.691, *Lexbase* 2014, *note* SAINTOURENS.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, n° 13-17495.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, 863 F-D, n° J 13-17402, *CAPJIA* 2015, *note* TOMASI.
- Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2014, *JCP G* 2014, 1138, *note* LE BARS ; *D.* 2014, p. 2544, *obs.* CLAY ; *D.* 2015, p. 56, *note* DONDERO ; *Rev. arb.*, 2016, p. 853, *obs.* BOUCARON-NARDETTO
- Cass. civ. 1^{ère}, 1 avril 2015, n° 14-14.552.
- Cass. com, 5 mai 2015, *Rev. arb.*, 2015, p. 1115, *note* MIGNOT ; *JCP G* 2015, 877, n° 6, *obs.* ORTSCHIEDT ; *RTD com.*, 2016, p. 59, *obs.* LOQUIN.
- Cass. Com, 13 oct. 2015, n° 14-19.734.
- Cass. com., 17 nov. 2015, n° 14-16.012, *Ess. D. Ent. Diff.*, déc. 2015, p. 3, n° 177, *obs.* FAVARIO ; *Act. proc. coll.*, 2015, comm. n° 319, *obs.* FIN-LANGER ; *D.* 2015, p. 2439, *obs.* LIENHARD.
- Cass. civ. 3^{ème}, 31 mars 2016, n° 14-25.604.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 13 juill. 2016, *Rev. arb.*, 2016, p. 859, *obs.* BOUCARON-NARDETTO
- Cass. civ. 3^{ème}, 6 oct. 2016, n° 15-21.452.
- Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n° 15-15.428.
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 2017, n° 16-11.413, *Rev. arb.*, 2017, p. 763 ; *JCP G*, 2017, p. 694, *note* MOURALIS ; *D.* 2017, p. 2562, *obs.* CLAY.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-16.853, (*Sté Brisard Dampierre c/Sté Demathieu Bard Construction*), *Rev. arb.*, 2018, p. 765, *note* COHEN ; *RTD com.*, 2020, p. 300, *note* LOQUIN.
- Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2017, n° 16 -18.328.
- Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-19.120, *Bull. civ.* ; *JCP E* 2018, p. 1051, *note* EL MERJI, *D.* 2017, p. 2149.
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2018, n° 17-28.951, *D.* 2019, p. 2435, *obs.* CLAY ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 11, p. 34, *obs.* BENSUADE ; *DMF* 2019, n° 810, *note* DELEBECQUE.
- Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2018, n° 17-19.868.
- Cass. com, 4 juill. 2018, n° 17-13.067, *D.* 2018, 2452, *obs.* CLAY.
- Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2018, n° 17-20627
- Cass. com., 16 oct. 2019, n° 18-15418.

- Cass. civ. 2^{ème}, 27 fév. 2020, FS-P+B+I, n° 18-23.972.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 2020, n° 18-22.019, *JurisData*, n° 2020-00328.
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 sept. 2020, FS-P+B, n° 18-19.241.
- Cass. Com., 12 nov. 2020, n° 19-18.849, F+P+B, *D.* 2020. 2286 ; *Ibid.* 2484, *obs.* CLAY ; *D.* 2021. 1736, *obs.* LUCAS et CAGNOLI ; *Ibid.* 1832, *obs.* D'AVOUT ; *RTD civ.*, 2021, p. 486, *obs.* CAYROL ; *RTD com.*, 2021, p. 192, *obs.* MARTIN-SERF ; *RTD com.*, R555, *obs.* LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2021, p. 241, *note* BUREAU ; *RDCIP* 2022, p. 63, *note* FARNOUX
- Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 2020, n° 18-23.970.

- **Cour d'appel**

- CA Paris, 26 janv. 1856, *Ann. Propr. Ind.*, 1856, p.125 et s.
- CA Paris, 19 janv. 1948, *BT* 1948, p. 237.
- CA Montpellier, 10 nov. 1954, *BT* 1954, p. 676.
- CA Paris, 15 juin 1956, *Rev. arb.*, 1956, p. 97 ; *D.* 1957, p. 587, *note* ROBERT ; *S.* 1956, p. 24 ; *JCP* 1956, II, p. 9219, *note* MOTULSKY ; *Gaz. Pal.* 1956, II, p. 123.
- CA Paris, 15 juin 1959, *Rev. arb.*, 1956, p. 97 ; *JCP* 1956 II, 9419, *note* MOTULSKY ; *D.* 1957, p. 587, *note* ROBERT.
- CA Paris, 30 mars 1962, *JCP* 1962, II, 12 843
- CA Paris, 13 juin 1963, *Rev. arb.*, 1964, p. 125, (3^{ème} espèce)
- CA Paris, 5 déc. 1963, *D.* 1964, p. 582, *note* ROBERT ; *JCP* 1964, II, 13481, *note* NEPVEU
- CA Paris, 18 mars 1968, *TMS*, *Rev. crit. DIP*, 1969, p. 506, (3^{ème} espèce), *obs.* NORMAND.
- CA Paris, 5 avril 1968, (*Sogebly*), *DMF* 1968, p.424, *note* BOKOZBA
- CA Paris, 17 juin 1971, *Rev. arb.*, 1971, p. 116, *note* FOUCHARD
- CA Paris, 8 juill. 1972, *Rev. arb.*, 1972, p. 65.
- CA Paris, 18 juin 1974, *Rev. arb.*, 1975, p. 179, *note* ROBERT.
- CA Paris, 13 déc. 1975, *RCDIP* 1976, p. 507, *note* OPPETIT ; *JDI* 1977, p. 107, *note* LOQUIN ; *Rev. arb.* 1975, p. 147, *note* FOUCHARD.
- CA Aix-en-Provence, 27 janv. 1978, (*Lesieur-Cotelle & associés c./Sté Daras*).
- CA Paris, 11 juill. 1978, *Rev. arb.*, 1978, p. 538, *note* VIATTE.
- CA Paris, 27 fév. 1979, *Jurisdata* n° 152.
- CA Paris, 24 janv. 1980, *Rev. arb.*, 1981, p. 160, *note* LEVEL.
- CA Paris, 24 nov. 1981, *Rev. arb.*, 1982, p. 224, *note* FOUCHARD.
- CA Paris, ch. 5^{ème}, 11 déc. 1981.

- CA Paris, 9 juin 1983, *Rev. arb.*, 1984, p. 497, *note* VASSEUR.
- CA Orléans, 16 juin 1983, *JCP éd. G, II*, 1984, 20130
- CA Paris, 21 oct. 1983, *Rev. arb.*, 1984, p. 98 et s., *note* CHAPELLE.
- CA Paris, 6 janv. 1984, *Rev. arb.*, 1985, p. 279.
- CA Paris, 13 janv. 1984, *Rev. arb.*, 1984, p. 530, *note* BERNARD.
- CA Paris, 7 juin 1984, *Rev. arb.*, 1984, p. 504, *note* MEZGER.
- CA Rouen, 25 oct. 1984, (*Scadoa c./VCK Havenbedrijf*)
- CA Paris, 14 fév. 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 325, *note* LEVEL.
- CA Paris, 10 déc. 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 157, *note* RONDEAU-RIVIER.
- CA Versailles, 17 sept. 1986, *JCP*, 1987, E 16 644, n° 20; obs. VIANDIER CAUSSAIN.
- CA Paris, 12 nov. 1986, (*Ass. J. Cocks c./BMF et autres*).
- CA Rouen, ch. civ. 2^{ème}, 27 nov. 1986, (*Société Méditerranéenne Shipping Co SA c./ C.R.A.M.A de la Réunion et U.R.C.O.O.P.A*).
- CA Paris, 19 déc. 1986, *Rev. arb.*, 1987, p. 359, *note* GAILLARD, p. 275.
- CA Paris, 11 fév. 1987, *Rev. arb.*, 1988, p. 561.
- CA Paris, 26 juin 1987, *Rev. arb.*, 1990, p. 905, *note* MOREAU.
- CA Paris, 9 déc. 1987, *Rev. arb.*, 1988, p. 573.
- CA Paris, 14 déc. 1987, *Rev. arb.*, 1989, p. 240, *note* VASSEUR.
- CA Paris 25 fév. 1988, *D.* 1989. 150, obs. VASSEUR
- CA Paris, 20 avril 1988, *Rev. Arb.*, 1988, p. 570.
- CA Paris, 16 juin 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 309, *note* JARROSSON.
- CA Paris, 20 nov. 1988, *Rev. arb.*, 1988, p. 570.
- CA Paris, 30 nov. 1988, *Rev. arb.*, 1989, p. 691 et s., *note* TSCHANZ.
- CA Paris, ch. 1^{ère} sec. B, 8 déc. 1988, n° 86-11681, *Rev. arb.*, 1990, p. 150 *note* JARROSSON.
- CA Paris, 14 fév. 1989, *Rev. arb.*, 1989, p. 691 et s., *note* TSCHANZ.
- CA Paris, 15 fév. 1989, *D.* 1989. 158, obs. VASSEUR
- CA Paris, 16 fév. 1989, *Rev. arb.*, 1989, p.711, *note* IDOT.
- CA de Besançon, 15 mars 1989, *RTD com.* 1990. 186, obs. DERRUPPÉ.
- CA Paris, 31 oct. 1989, *Rev. arb.*, 1992, p. 90.
- CA Paris, 28 nov. 1989, *Rev. arb.*, 1990, p. 675 (1^{ère} espèce), *note* MAYER.
-
- CA Paris, 11 janv. 1990, *Rev. arb.*, 1996, p. 245, *note* JARROSSON, *RTD Com.*, 1992, p. 596, *note* DUBARRY et LOQUIN.

- CA Versailles, 7 mars 1990, *Rev. arb.*, 1991, p. 326, *note* LOQUIN
- CA Paris, 8 mars 1990, *Rev. arb.* 1990, p. 675 (2^{ème} espèce), *note* MAYER.
- CA Paris, 22 mars 1990, *Rev. arb.*, 1991, p.123.
- CA Paris, 4 mai 1990, *D.* 1990, I. R. 156.
- CA Paris, 30 nov. 1990, *Rev. arb.*, 1992, p. 645, *note* PELLERIN, *cité par* Besma ARFAOUI, *op. cit.*, n° 494, p. 236.
- CA Paris, 22 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 652, *obs.* COHEN.
- CA Paris, 29 mars 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, *note* IDOT.
- CA Paris, 19 avr. 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 673, *note* LOQUIN.
- CA Paris, 24 mars 1992, *DMF* 1993, p. 346, *note* TASSEL.
- CA Paris, 4 juin 1992, *Rev. arb.*, 1993, p. 449, *obs.* HORY ; *RTD com.*, 1993, p. 642, *obs.* DUBARRY et LOQUIN
- CA Paris, 1^{ère}, Ch. suppl., 13 nov. 1992, *Rev. arb.*, 1993, p. 637, *note* GOUTAL.
- CA Paris, 19 mars 1993, *Gaz. Pal.*, 27-28 avril 1994, p. 18, *note* VERET.
- CA Paris, 19 mai 1993, *RTD com.*, 1993, p. 492, *note* DUBARRY et LOQUIN ; *Rev. arb.*, 1993, p. 645, *note* JARROSSON.
- CA Paris, 26 mai 1993, *Rev. arb.*, 1993, p. 624, *note* AYNÈS.
- CA Paris, 25 fév. 1994, *Rev. arb.*, 1995, p. 129, *obs.* VÉRON.
- CA Paris, 10 mai 1994, *Rev. arb.*, 1994, p. 66, *note* JARROSSON.
- CA Paris, 7 juill. 1994, *Rev. arb.*, 1995, p. 107.
- CA Paris, 7 déc. 1994, *Rev. arb.*, 1996, p. 245, *note* JARROSSON ; *RTD com.*, 1995, p. 401, *note* DUBARRY et LOQUIN.
- CA Paris, 10 mars 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 143, *obs.* DERAÏNS.
- CA Paris, 22 mars 1995, *Rev. arb.*, 1997, p. 550.
- CA Versailles, 2^{ème} Ch., sect. 2, 02 mai 1996.
- CA Paris, 13 juin 1996, *JDI* 1996, p. 151, *note* LOQUIN.
- CA Paris, 28 nov. 1996, *Rev. arb.*, 1997, p. 381, *note* LOQUIN.
- CA Paris, 6 fév. 1997, *Rev. arb.*, 1997, p. 556, *note* MAYER.
- CA Lyon, 15 mai 1997 ; *Rev. arb.*, 1997, p. 402, *note* ANCEL.
- CA Paris, 3 juill. 1997, *Rev. arb.*, 1997, p. 611, *obs.* DEGOS.
- CA Paris, 8 oct. 1997, *D.* 1997, *IR*, p. 233.
- CA Paris, 4 nov. 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 704, *obs.* Y.D,
- CA Paris, 6 nov. 1997, *Rev. arb.*, 1998, p. 706, *obs.* DERAÏNS.
- CA Paris, 17 déc. 1997, *RJDA* 1998, p. 374.
- CA Paris, 17 déc. 1997, *RTD com.*, 1998, p. 580, *obs.* DUBARRY et LOQUIN.

- CA Paris, 20 avril 1988, *Rev. Arb.*, 1988, p. 570.
- CA Paris, 11 janv. 1990, *JDI*, 1991, p. 141, *note* AUDIT ; *Rev. arb.*, 1992, p. 95, *note* COHEN ; *RTD com.*, 1992, p. 596, *obs.* DUBARRY et LOQUIN.
- CA Paris, 8 oct. 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 350, *note* ANCEL et GOUT ; *RTD com.* 1999, p. 844, *obs.* LOQUIN ; *RGDP* 1999, p. 126, *obs.* RIVIER.
- CA Versailles, 14 janv. 1999, n° 28.4098, *Juris-Data* n° 40329.
- CA Paris, 19 janv. 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 601, *note* JARROSSON
- CA Paris, 24 fév. 2000, (*SNTM-CNAM c./AGENA*).
- CA Paris, 11 mai 2000, *Rev. arb.* 2002, p. 180, et *obs.* CLAY.
- CA Paris, 26 oct. 2000, *Gaz. Pal.*, 2001, n° 321, p. 22 ; *RTD. com.*, 2001, p. 53, *obs.* LOQUIN, *Rev. arb.*, 2001, p. 199, 5^{ème} esp., *note* PINSOLLE.
- CA Paris, 8 mars 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 567, *obs.* LEGROS.
- CA Rouen, 28 fév. 2002, *BTL* 2002, p. 356.
- CA Paris, 11 avr. 2002, *Rev. arb.*, 2003. 1252, *note* TRAIN.
- CA Paris, 12 sept. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p.173, *note* BOURSIER. *Ade* CA Paris, 12 janv. 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 205.
- CA Rouen, 8 oct. 2002, (*Navire Walka Mlodych*), *Rev. arb.*, 2003, p. 1341, *note* LEGROS ; *DMF* 2003, p. 547, *obs.* TASSEL.
- CA Paris, 28 nov. 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 445, *note* BELLOC.
- CA Lyon, ch. civ. 3^{ème}, 26 juin 2003, *JurisData*, 2003, 22.2120.
- CA Paris, ch. 1^{ère}, sec. C, 26 juin 2003, *Gaz. Pal.*, 2003, p. 47, *note* MOURRE et PEDONE.
- CA Paris, 26 juin 2003, *Rev. arb.*, 2006, p. 143.
- CA Paris, 1^{ère} ch., sect. G, 10 sept. 2003, n° 2002/05034.
- CA Paris, 23 oct. 2003, *Rev. arb.*, 2006, p. 149.
- CA Douai, 30 oct. 2003, *DMF* 2004, p. 253, *obs.* DELEBECQUE.
- CA Paris, 10 juin 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 154.
- CA Bordeaux 17 juin 2004, n° 03-20, *RJDA*, 2005, n° 716.
- CA Paris, 28 oct. 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 189.
- CA Paris, 24 fév. 2005, n° 03-13.536, *Gaz. pal.*, 2005, p. 36 ; *Rev. arb.*, 2006, p. 210.
- CA Paris, 24 mars 2005, *JCP* 2005, I, 179, n° 7, *obs.* ORSCHEIDT.
- CA Versailles, 15 sept. 2005, *Gaz. Pal.*, 2006, p. 1249.
- CA Aix-en-Provence, 23 fév. 2006, (*Sté UOP NV c./Sté BP France*).
- CA Paris, 11 mai 2006, *Rev. arb.*, 2007, p. 101, *note* BOLLÉE.
- CA Paris, 15 juin 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 864.

- CA Paris, 16 nov. 2006, *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2006, n° 348, p. 65 ; *Rev. arb.*, 2008, p. 109, note DE BOISSÉSON.
- CA Paris, 17 janv. 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 333, note MÉLIN.
- CA Paris, 25 janvier 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 137.
- CA Paris, 20 sept. 2007, *Société Baste*, n° 05-21985, *D.* 2008, Pan. 188, obs. CLAY.
- CA Paris, 20 mars 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 341.
- CA Nîmes, 2^{ème} ch. civ, 29 avr. 2008, *JurisData* n° 2008-373907.
- CA Paris, 15 mai 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 829.
- CA Paris, 22 mai 2008, *JCP* 2008, I, 222, n°7, obs. SERAGLINI ; *D.* 2008, p. 3117, obs. CLAY ; *Rev. arb.* 2008, p. 730, note TRAIN.
- CA Paris, 18 déc. 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 647.
- CA de Basse-Terre, ch. civ. 2^{ème}, 9 fév. 2009, n° 08.01485.
- CA Paris, 7 mai 2009, n° 07. 21973, *Jurisdata* n° 2009-378250.
- CA Paris, 23 mars 2010, *Rev. arb.*, 2010, p. 389.
- CA Paris, pôle 1, ch. 1^{ère}, 9 sept. 2010, *Rev. arb.*, 2011, p. 970, note DEBOURG, *Cah. arb.*, 2011, p. 413, note MAYER.
- CA Paris, 17 fév. 2011, *Rev. arb.*, 2012, p. 369, note TRAIN ; *JDI* 2011, p. 395, note MICHOU ; *Gaz. Pal.*, 15-17 mai 2011, p. 16, obs. BENSUAUDE ; *JCP* 2011, p. 2541, obs. SERAGLINI ; *LPA* 2011, n° 225 et s., p. 5, note DELANOY ; *Cah. arb.*, 2011, p. 433, note CUNIBERTI ; *D.* 2011, Pan. 3023, obs., CLAY.
- CA Paris, pôle 1, Ch.1, 17 mars 2011, *Rev. arb.*, 2011, p.491, note BARBET.
- CA Paris, 7 avril 2011, *Rev. arb.*, 2011, p. 747, note BOLLÉE et HAFTEL.
- CA Paris, 5 mai 2011, n° 10.05314, *Rev. arb.*, 2011, *Somm. jur.*, p.1.
- CA Grenoble, 17 nov. 2011, n° 10-04.200.
- CA Paris, 17 janv. 2012, *Rev. arb.*, 2012, p. 569, note NIBOYET.
- CA Paris, 3 juill. 2012, *Rev. arb.*, 2013, p. 160, note BARBET.
- CA Paris, 6 nov. 2012, n° 11-07555, (*Immobilier Monceau Investissement*).
- CA Paris, Pôle. 1, ch. 1, 26 fév. 2013, n° 12-12.953, *Rev. arb.*, 2013, p. 746, note TRAIN ; *Cah. arb.*, 2013, p. 749, note PINNA ; *D.* 2013, p. 2945, obs. CLAY ; *LPA* 28 janv. 2014, n° 19, p. 9, note DE FONTMICHEL.
- CA Toulouse, 6 mars 2013, n° 11-00873.
- CA Paris, 5 juin 2013, n° 11-11.117.
- CA Paris, 8 oct. 2013, n° 12-18722.
- CA Paris, 21 janv. 2014, *Rev. arb.*, 2014, p. 711, obs. DEBOURG.
- CA Paris, 24 fév. 2015, *Rev. arb.*, 2015, p. 283.
- CA Paris, 14 avril 2015, *Rev. arb.*, 2016, p. 556, note IDOT.
- CA Paris, 19 mai 2015, n° 14-10.254, *Rev. arb.*, 2015, p. 952.

- CA Paris, 8 mars 2016, *Rev. arb.*, 2017, p. 611, *obs.* BARBET.
- CA Paris, 30 mai 2017, *Rev. arb.*, 2017, p. 765, *note* COHEN.
- CA Paris, 23 janvier 2018, n° 19-17.892.
- CA Versailles, 15 févr. 2018, n° 17 - 03,779, *LPA* 2018, n° 135, p. 13, *obs.* JALICOT.
- CA Paris, 27 mars 2018, n° 16-03.596, *Gaz. Pal.*, 19 mars 2019, p. 39, *obs.* BENSAUDE.
- CA Paris, 27 mars 2018, n° 17-08.354, *Gaz. Pal.*, 2018, p. 17, *obs.* BENSAUDE.
- CA Paris, 29 mai 2018, *JCP G*, 2018, 1322, n° 5, *obs.* ORTSCHIEDT.
- CA Amiens, ch. civ. 1^{ère}, 17 juill. 2018, n° 16-03426.
- CA Paris, pôle 1, ch. 1^{ère}, 16 oct. 2018, n° 16. 18 843, *Rev. arb.*, 2019, p. 884, *note* WILLAUME.
- CA Paris, 18 déc. 2018, *Rev. arb.* 2018, p. 847.
- CA Paris, pôle 5 – ch. 10^{ème}, 14 oct. 2019, n° 19-01.346.
- CA Paris, 26 nov. 2019, n° 18-20.873, *D.* 2020, *obs.* JOURDAN-MARQUES.
- CA Paris, pôle 1, ch. 1^{ère}, 23 juin 2020, n° 17. 22.943.
- CA Paris, 2 juill. 2020, n° 19-21120, janv. 2021, n° 1, p. 16, *obs.* COHEN ; *Dr. sociétés* 2020, Comm. 115, *note* MORTIER.
- CA Pau, 5 nov. 2020, n° 20-01.175.
- CA Paris, pôle 3, ch. 5, 2 mars 2021, n° 18-16891.
- CA Paris, pôle 5 ch. 5^{ème}, 10 juin 2021, n° 20.07.754.
- CA Paris, 30 juin 2021, n° 21. 02-568, *JCP* 2021, 1280, §2, *obs.* GIRAUD ; *D.* 2021, *obs.* JOURDAN-MARQUES.
- CA Paris, ch. com., 25 janv. 2022, n° 10-2022.
- CA Paris, pôle 5, ch. 16^{ème}, 25 janv. 2022, n° 13-2022.

- ***Tribunaux de première instance***

- TC Paris, 8 juillet 1983, *D.* 1984, IR. 92, *obs.* VASSEUR.
- TC Paris, 17 mai 2011, n° 2011003447, *D.* 2013, p. 939, *obs.* CLAY.
- TC Pau, 26 mai 2020, n° 2019/000106.
- Ord. réf. Pdt. TGI Paris, 20 sept. 1999, inédite, citée par LI-KOTOVTCHIKHINE, *note s. CA Paris*, 23 nov. 1999, *Rev. arb.*, 2000, p. 501, spéc. n° 7, p. 508.

- **Sentences arbitrales**

- Sentence CCI, n° 2375, 1975 ; *JDI* 1976, p. 973, *obs.* DERAIS.

- Sentence CCI n° 1434/1975, *JDI* 1976, p. 978 ; *Rec. CCI*, Vol. I, p. 262, *obs.* DERAÏNS
- Sentence CCI n° 2626/1977, *JDI* 1978, p. 980, *obs.* DERAÏNS
- Sentence CCI n° 3460 de 1980, *Clunet*, 1981, p. 939.
- Sentence CCI, n° 4131/1982, 23 sept. 1982, *Rec. des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, p. 464 et s.
- Sentence n° 4392/1983, *Clunet*, 1983, p. 907, *obs.* DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 3896/1982, *JDI* 1983, p. 914, *obs.* S.J.
- Sentence CCI n° 4532, *Rev. arb.*, 1984, p. 137 et s.
- Sentence CCI, 5 mars 1984, affaire n° 3879/AS, *YCA*, 1986, p. 127.
- Sentence CCI n° 3879, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, p. 127.
- Sentence CCI n° 4504, 30 déc. 1986, *JDI* 1986, p. 1118 et s., *obs.* S.J.
- sentence CCI n° 5065/1986, *JDI* 1987, p. 1039
- Sentence CCI n° 4727/1987.
- Sentence CCI n° 5730/1988 et sentence CCI n° 4392/1983, *JDI* 1983, p. 907, *obs.* DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 5103, *JDI* 1988, p. 1206, *note* AGUILAR ALVAREZ.
- sentence CCI n° 8910/1988, *JDI* 2000, p. 1085, *obs.* HASCHER.
- Sentence CCI n° 4972/1989, *JDI* 1989, p. 1101.
- Sentence CCI n° 5953/1989, *JDI*, 1990, p. 1056, *obs.* DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 5721 /1990, *Rec. CCI*, II, p. 400 et s., *obs.* DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 5730, *JDI* 1990, p. 1229.
- Sentence CCI n° 7604, 1995 et 7610/1996, *JDI* 1998, p.1027, *obs.* D.H et p. 1053, *obs.* J.-J. A.
- Sentence du 10 juin 1955, *RCDIP* 1956, p. 279, *note* BATIFFOL ; *Rev. arb.*, 1956, p. 15.
- Sentence CCI, 1995, affaire n° 8385, *Clunet* 1997, p. 1061, *obs.* DERAÏNS.
- Sentence CCI n° 6768 /1996, sentence partielle.
- Sentence CCI n° 8910/1998, *JDI* 2000, p. 1090, *obs.* DERAÏNS.
- Sentence CCI n°10758/2000.
- Sentence CCI n°10758/2000, *JDI* 2001, p. 1171, *obs.* J.-J.A.
- Sentence CCI n°12605/2005, *JDI* 2008, p. 1193, *obs.* S. J. et C. T.-N.
- Sentence CCI n°14753/2008, *JDI* 2011, p. 1257, *obs.* F. M.-S.
- Sentence CCI n° 2020/246, 2015, *Chron. CCI*, LexisNexis, 2020, p. 1417.
- Sentence CRDI n° ARB/12/1, 2019.
- Sentence CIRDI n° ARB/06/11, 2012.

- **Décisions étrangères**

- *CJCE*

- CJCE, 19 juin 1984, n° 71/83, *Rec. CJCE* 1984, p. 2417 ; *JDI* 1985, p. 159, *note* BISCHOFF ; *RCDIP* 1985, p. 385, *note* GAUDMET-TALLON
- CJCE, 27 oct. 1998, *DMF* 1999, p. 9, *obs.* COSMA et DELBECQUE.
- CJCE, 16 mars 1999, n° C-159/97, *RCDIP* 1999, p. 559 ; *JDI* 2000, p. 528, *note* HUET.
- CJCE, 9 nov. 2000, n° C-387/98, *D.* 2000, IR. 298 ; *RTD com.* 2001, p. 306, *obs.* DELEBECQUE ; *RCDIP* 2001, p. 359, *note* BERNARD-FERTIER ; *JDI* 2001, p. 701, *note* BISCHOFF.
- CJCE, 26 oct. 2006, *aff.* C-168/ 05, *D.* 2006, p. 2910, *obs.* AVENAROBARDET ; *ibid.*, p. 3026, *obs.* CLAY ; *ibid.*, 2007, p. 2562, *obs.* D'AVOUT et BOLLÉE ; *RTD civ.* 2007, p.113, *obs.* MESTRE et FAGES ; *ibid.*, p. 633, *obs.* THÉRY ; *JDI* 2007, p.581, *note* MOURRE ; *Rev. arb.*, 2007, p. 109, *note* IDOT ; *JCP* 2007. I. 168, § 1, *obs.* SERAGLINI ; *Gaz. Pal.*, 29 avr.-3 mai 2007, p. 17, *obs.* TRAIN ; *LPA* 2007, n° 152, p. 9, *obs.* LEGROS ; *ibid.*, n° 189, p. 9, *note* POISSONIER et TRICOIT ; *RAI* 2007, n° 14, p. 55, *obs.* NOURISSAT ; *Europe* 2006, n° 378, p. 28, *obs.* IDOT.
- CJCE, 10 fév. 2009, *aff.* C-185/ 07, *Rev. arb.*, 2009, p. 407, *note* BOLÉE ; *D.* 2009, p. 981, *note* KESSEDJIAN, *RCDIP*, 2009, p. 373, *note* MUIR-WATT.

- *Canada*

- Cour suprême du Canada, (*Buanderie Centrale de Montréal c. Montréal*), (1994) 3 R.C.S. 29, 48.

- *Allemagne*

- BGH, 14.09.2000 - III ZR 33/00

- *États-Unis*

- High Court of Justice, 6 oct. 1977, (*Roussel-Uclaf G. D. v. Searle & Co. Ltd.*), *in*, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IV, 1979, p. 317.
- Supreme Court, 2 juin 1985, (*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*), 105, S. Ct 3346 (1985); 473 U.S. 614 (1985); *YCA*, 1986, p. 555 ; *Rev. arb.*, 1986, p. 273.
- High Court of justice, (*Hassneh Insurance Co c./ Mew*), 1993, 2, *Lloyd's Rep.*, p. 243.
- Second Circuit, 1995, 64 F.3d 773, (*CSF, S.A v./American Arbitration Association*).
- Tribunal de District US, District Sud de Floride, 21 fév. 2007, (*Regent Seven Seas Cruise c./Rolls Royce PLC et al.*), *Yearbook Commercial Arbitration*, 2008, p. 879.

- Second Circuit, nov. 22, 1993, (*Deloitte Norandit v. Deloitte Haskins & Sells*), US n° 93-7271 (2d cir. Nov. 22, 1993), in, 4 *World arb. & Med. Rep.*, p. 306 (1993).

- *Royaume-Uni*
 - Court of appeal, 1990, 1 WLR 1205, (*Dolling-Baker c./Merret*).
 - Court of appeal, 26 May 1995, (*Grupo Torras v./Al Sabah*), 1 Lloyd's Rep. 347, p. 451-452.
 - Court of appeal, 16 May 2018, (*Rock Advertising Limited v./MWB Business Exchange Centres Limited*), UKSC 24, 2018; Act 119, 2019.
 - Court of appeal, 6 civ., 20 January 2020, (*Kabab-Ji SAL v./Kout Food Group*).

- *Suisse*
 - Tribunal fédéral suisse, 5 mai 1976, (*Sté des Grands de Marseille c./Rép. Pop. Du Bangladesh*), RDS 1978, I, p. 529.
 - Tribunal fédéral suisse, 4P.115/2003.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux numéros de pages

A

- Abus de droit**, 131, 337, 440 et s., 605, 642
- Acceptation**
- *Implicite*, 427, 542, 549, 582
 - *Présumée*, 579, 581, 585
 - *Tacite*, 274, 277, 313, 318, 350, 429, 563, 581, 584 et s., 593, 599
- Action**,
- *Directe*, 46, 61, 121, 126 et s., 218, 263, 291, 302 et s., 451, 589, 666
 - *Oblique*, 46, 61, 117, 121, 126 et s., 131
 - *Paulienne Voir* Fraude paulienne
- Adhésion**, 28, 57, 72, 261, 270 et s., 314, 327 et s., 362, 370, 383, 387, 424, 427, 437 et s., 510, 567, 578, 610
- Aide juridictionnelle, 568, 613 et s.
- Alter ego**, 343, 345 et s., 348, 351, 441, 603, 642
- Amiable compositeur**, 373, 399, 502, 504, 516, 529, 530, 569, 616
- Anéantissement en cascade, 318, 401 et s., 692
- Anti-suits injunctives**, 489, 490, 495, 498, 654, 656, 669
- Apparence**, 72, 141, 162, 164, 210, 280, 322, 338, 358, 378, 380 et s., 424, 440, 445 et s., 483, 492, 603, 605, 663
- Arbitrabilité**,
- *Objective*, 407 et s., 412, 417, 419, 554, 556, 557, 570, 619, 638, 675 et s., 692
 - *Subjective*, 407, et s., 412 et s., 556, 570 et s., 576, 619, 638, 674, 677
- Arbitrage**,
- *Forcé*, 27, 30, 368 et s., 579, 645, 692
 - *International*, 42, 251, 256, 291, 295, 302 et s., 313 et s., 364, 368, 375, et s., 380, 388, 392, et s., 419, 426, 446 et s., 500 et s., 518, 535, 543 et s., 548, 549, 555 et s., 574 et s., 615, 630, 643, 646, 665 et s., 674 et s.
 - *Interne*, 25, 29 et s., 218, 253, 259, 291, 307 et s., 314, 319, 355 et s., 375, 390, 403, 411 et s., 437, 471, 473, 504, 542, et s., 558, 570 et s., 587, 614, et s., 644, 674, et s.

- Autonomie de la volonté**, 52, 105, 208, 213, 294, 527, 577 et s.
- Autorité de la chose jugée**, 29, 73 et s., 137, 457, 493 et s. 625, 648, 654, 659, 660 et s., 664, 669
- Ayant cause**,
- *À titre particulier*, 15, 18, 34, 37, 108, 111, 116 et s., 199, 214, 218, 224, 234 et s., 239 et s., 265, 285, 293 et s., 328, 350 et s., 639, 666, 673
 - *Universel ou à titre universel*, 18, 34, 104 et s., 116, 118, 210, 218, 235, 240 et s., 285, 328, 640

B

- Bonne administration de la justice**, 231, 486 et s., 497 et s., 511 et s., 526, 530, 534 et s., 576, 595, 608, 610, 612, 621 et s., 632 et s., 642, 651 et s., 665, 672 et s.
- Bonne foi**, 17, 37, 141, 146, 152 et s., 162, 164 et s., 168, 173, 177, 181, 189, 197, 200 et s., 301, 337 et s., 348, 352, 363, 376, 379 et s., 389, 447 et s., 603 et s., 642

C

- Capacité de compromettre**, 372, 376, 692
- Caution**, 161, 294, 452, 453 et s., 460, 479 et s., 607 et s., 619, 632, 674, 676
- Cautionnement**, 120, 122, 359, 452 et s., 608, 609, 610, 611, 613
- Célérité**, 387, 398, 484, 572, 625
- Cession**,
- *De contrats*, 180, 639, 640
 - *De créances*, 20, 69, 84, 85, 120, 126 et s., 165, 171 et s., 193, 209, 223, 243, 260, 285, 288 et s., 297, 333, 350, 640
- Chaînes de contrats**, 12, 243, 260, 285, 293, 295, 311, 350, 402, 640
- Charte-partie**, 325 et s., 329 et s.
- Clause**,
- *Attributive de juridiction*, 25, 250, 254, 296, 324, 329, 331, 455 et s., 623, 650, 682
 - *Blanche*, 394
 - *Compromissoire Voir* Convention d'arbitrage

- *D'arbitrage* Voir convention d'arbitrage
- *D'élection du for*, 512, 593, 682
- *Par référence*, 389
- *Pathologique*, 382

Commercialité, 30, 37, 257, 366, 559, 561

Compétence-compétence, 36 et s., 253, 288, 327, 364, 397 et s., 410, 421 et s., 477, 490 et s., 499, 523, 569, 648, 654 et s., 665, 668 et s., 677

Complicité, 38, 130, 148, 149, 151, 154, 156 et s., 163, 169 et s., 530

Compromis, 27, 30 et s., 40 et s., 166, 220, 223, 228, 236 et s., 243, 373, 378, 383, 390, et s., 410, 417, 448, 510, 520, 545, 567, 573, 666

Concentration de moyens, 494 et s.

Concurrence déloyale, 131, 150, 169

Confidentialité, 229, 333, 484, 506, 643, 657

Conflits de lois (*méthode conflictualiste*), 97, 248 et s., 254 et s., 262, 366 et s., 375, 380, 411, 447, 637, 673.

Connaissance,

- *Alourdie*, 156
- *De facto*, 140, 142, 144, 146 et s., 151, 156 et s., 161, 163, 165 et s., 168 et s., 174, et s., 178, 192, 202, 205
- *De jure*, 140, 142, 175 et s., 192, 197, 690
- *Présumée*, 146, 180 et s., 272
- *Simple*, 140, 143, 154, 158, 165, 174

Connaissance, 325 et s., 336, 387

Connexité Voir exception de connexité

Consentement à l'arbitrage, 12, 236, 335, 353, 369, 549, 589, 645, 675

Consolidation des procédures, 497, 622, 624

Constitution du tribunal arbitral, 39, 41, 383, 385, 525, 551, 553, 573, 612, 657

Contrat,

- *De bail*, 190, 195
- *De crédit-bail*, 144, 190 et s., 199 et s., 243
- *De location-gérance*, 192, 243
- *De travail*, 25, 369, 556, 561, 566 et s., 569 et s., 576
- *Fait*, 51 et s., 62, 66, 70, 80, 83, 85 et s., 89, 131, 137

Convention d'arbitrage,

- *Définition*, 30 et s.
- *Accessoriété*, 36, 221, 247 et s., 250, 259, 263, 277 et s., 288, 455, 481, 610
- *Autonomie juridique*, 36 et s., 248 et s., 346, 355, 436, 445, 540, 594 et s., 599 et s., 636, 673, 690
- *Autonomie matérielle*, 36 et s., 220, 247 et s., 259, 264, 436, 437, 673, 680
- *Circulation*, 12, 32, 61, 209, 238, 247 et s., 283 et s., 293, 297, 307, 350, 353, 572, 639

- *Efficacité*, 37, 258, 280, 287, 348, 355, 357, 358, 366, 384, 392, 422, 436, 480 et s., 491, 550 et s., 635 et s., 665, 667, 672, 675, 677
- *Extension rationae materiae*, 308, 317, 350, 382, 402, 431 et s., 463, 501, 513, 525, 587, 588, 591, 607, 671
- *Extension rationae personae*, 308, 317, 350, 406, 425, 430 et s., 449, 463, 525, 587 et s., 607, 610, 613, 671
- *Nullité*, 375, 544
- *Séparabilité*, 221, 248, 250, 252, 262, 365, 398, 436, 509, 636, 665
- *Validité*, 36 et s. 250, 253, 255, 257, 258, 327, 355, 358, 360, 361 et s., 376, 381, 389, 395, 397, 401, 404, 407, 411, 422, 447, 448, 482, 536, 542 et s., 637, 671, 675

Créancier,

- *Chirographaire*, 34, 103, 105, 108, 116 et s., 159, 186
- *Gagiste*, 199

D

Délégation

- *Novatoire*, 306
- *Simple*, 305

Désignation des arbitres

, 364, 386, 393, 394, 551, 676

Donation

, 105, 110 et s., 144, 160, 214, 305

Droit

- *De la concurrence*, 140, 170, 411, 596
- *De préférence*, 188, 205
- *Objectif*, 63, 82, 94, 206, 502
- *Personnel*, 63 et s., 87 et s., 93, 98, 112, 131, 143, 145, 155, 190, 451
- *Réel*, 45, 60, 63, 64, 66, 87, 88, 90, 93, 116, 118, 119, 143, 145, 149, 155, 159, 177, 181 et s.
- *Subjectif*, 62 et s., 87, 133, 137, 653

E

Effet

- *Obligatoire*, 25 et s., 32 et s., 39, 46, 52, 54 et s., 59 et s., 70 et s., 83 et s., 93, 100, 103 et s., 106 et s., 115, 120, 126, 209, 211, 213 et s., 227, et s., 233, 235, 242, 273, et s., 301, 363, 565, 579, 639
- *Opposable* Voir opposabilité
- *Relatif*, 12, 14 et s., 20 et s., 46, 49, 51 et s., 68 et s., 78 et s., 83, 89, 103 et s., 107, 112 et s., 117, 119 et s., 129, 130, 132, 136, 208, 230, 264, 294, 376, 455, 458, 463, 481, 509, 520, 527, 539, 590, 597, 599, 607, 611, 613, 640

Ensemble contractuel, 232, 252, 270, 273, 293, 308, 311, 315 et s., 336, 349, 397, 401 et s., 431 et s., 501, 508, 524, 525, 587 et s., 590 et s., 601, 610, 613, 628
Équité, 345, 373, 399, 442, 486 et s., 502 et s., 511, 516 et s., 526, 528 et s., 535, 537, 553, 626, 642, 665, 676
Estoppel, 316, 337 et s., 348 et s., 509, 603, 642
Exception de connexité, 495 et s., 654 et s., 660
Exception de litispendance, 490, 495, 497, 654, 660
Exequatur, 369, 416, 661 et s., 672

F

Force,
- *Exécutoire*, 75, 77, 369, 494, 661
- *Probante*, 20, 55, 659, 660, 661, 664, 672, 677

G

Garantie autonome, 359, 452, 456 et s., 613
Groupe de contrats, 111, 215, 239, 270, 293, 310, 318 et s., 397, 424 et s., 430 et s., 456, 482, 508, 586 et s., 606, 610, 613, 619, 641, 645, 674
Groupe de sociétés, 12, 219, 270, 318, 319 et s., 336, 341, 344, 347, 358, 397, 401, 404 et s., 424 et s., 443 et s., 461, 464 et s., 482, 509, 573, 594 et s., 605, 607, 675

I

Imparité, 552, 658
Impécuniosité, 332, 400, 451, 465, 475 et s., 537, 614, 616 et s., 668
Imperium,
- *Merum*, 616, 661
- *Mixtum*, 29, 616, 661
Implication,
- *Active*, 269 et s., 280, 307 et s., 323, 332, 335, 337, 466, 583, 595, 641, 691
- *Neutre*, 359, 451, 465 et s.
- *Passive*, 271, 308 et s., 347, 641
Inapplicabilité manifeste, 296, 327, 399, 478, 626, 667, 668
Inarbitrabilité, 400, 407 et s., 471
Inconciliabilité, 490, 494, 626, 652, 659, 664, 672, 678
Indivisibilité du litige, 493, 514 et s., 518
Inopposabilité, 24, 57, 142, 145, 154, 160, 164, 167, 175, 182 et s., 190, et s., 196 et s., 201, 305, 327, 359, 407, 418 et s., 443, 451 et s., 456 et s., 465 et s., 472, 474 et s., 479, 542, 558, 560, 562 et s., 589, 600, 607 et s., 610, 613 et s., 619

Interprétation,

- De la convention d'arbitrage, 383, 554
- *Du consentement*, 361, 364, 382, 675

Intuitu,

- *Firmae*, 225
- *Personae*, 225, 261, 609

J

Juge d'appui, 386, 394, 525, 553, 574, 612, 650, 658

L

Lex mercatoria, 424 et s., 428, 503, 601, 604, 675, 692
Liquidateur judiciaire, 380, 466, 470 et s., 478, 481, 676
Litispendance Voir exception de litispendance
Lois de police, 257, 473
Loyauté, 163, 204, 339, 602, 604

M

Mandat, 45, 110, 121, 300 et s., 306, 316, 377, 379, 380, 447
Mauvaise foi, 130, 146, 148, 151 et s., 161, 163, et s., 172, 174 et s., 181 et s., 192, 204, 206, 343, 347 et s., 375, 384, 392, 442, 555, 573, 585 et s., 602 et s., 642

N

Nombre des arbitres, 553, 658
Novation, 244, 288, 289, 305, 640

O

Objet du litige, 322, 372, 393, 394, 525, 528
Opposabilité,
- *Absolue*, 62, 64
- *Attraction*, 35, 230
- *Condition*, 92
- *De la chose jugée*, 72
- *De la sentence*, 227
- *Du jugement*, 72, 74
- *Erga omnes*, 65, 66 et s., 81, 90, et s., 93, 95, 97 et s., 132, 137
- *Probatoire*, 24 et s., 69, 92 et s., 128, 214, 229
- *Relative*, 64
- *Sanction*, 23, 128, 231
- *Simple*, 93, et s., 137

P

Pacte de préférence, 60, 117, 151
Partie faible, 400, 559, 562 et s., 567, 644
Partie immédiate, 36, 236 et s., 245, 278

Partie médiante, 236 et s., 245 et s., 278
Paulienne (fraude), 46, 53, 61, 117, 118, 121, 131, 159 et s., 442

Penitus extranei, 34, 61, 103, 105 et s., 108, 111 et s., 116, 118, 129, 145, 239, 240

Preuve,

- *D'un fait*, 23, et s., 39, 46, 128, 206, 279, 351, 678
- *De l'existence de la convention d'arbitrage*, 232, 395
- *De la connaissance*, 170, 275, 388, 585
- *Du consentement*, 549

Prior tempore, potior jure, 131 et s., 153, 200

Promesse de porte-fort, 121, 299, 533, 640

Promesse de vente, 198, 306

Publicité, 98, 118, 129, 131 et s., 140 et s., 149, 152 et s., 158, 163, 166 et s., 175 et s., 197 et s., 352, 452, 506, 608

R

Relativité, 15 et s., 45 et s., 59, 62, 72 et s., 78 et s., 99 et s., 122 et s., 126, 131, 136, 213, 227, 351, 401, 434, 455, 466, 540, 589, 596, 607, 611, 638, 644

Représentation,

- *Imparfaite*, 105, 302, 307, 475
- *Parfaite*, 105, 110, 236, 301, 306, 466, 474

Responsabilité,

- *Contractuelle*, 17, 130, 274, 294
- *Délictuelle - extracontractuelle*, 17, 24, 40, 87, 131 et s., 137, 145, 147, 150, 154, 201, 232, 234, 268, 274, 294

S

Simulation, 162, 442 et s., 628

Stipulation pour autrui, 16 et s., 19 et s., 61, 85, 107, 108, 111, 121, 130, 298, 299, 306, 316, 350, 354, 533, 640

Subrogation, 17, 120, 126, 156, 196, 218, 243, 260, 285, 288 et s., 297, 330, 350, 640

T

Tierce opposition, 73, 457, 523

Tiers,

- *Complice*, 11, 24, 112, 129, 130 et s., 143, 145, 148, 160, 170, 226, 522, 525, 575
- *Défendeur*, 479 et s., 527, 538
- *Demandeur*, 477, 530 et s.
- *Désintéressé*, 34, 84, 103, 112
- *Financier*, 332 et s., 479, et s., 614
- *Intéressé*, 34, 112 et s., 121, 126 et s., 178, 192, 195, 534

Transmission,

- *De la convention d'arbitrage Voir circulation*
- *Du patrimoine*, 18

Transparence, 322, 337, 349, 350, 430, 441, 595, 602, 641, 665

Transport maritime, 310, 323 et s., 328, 330 et s., 336, 349

U

Ultra petita, 517

V

Voile corporatif (social), 337, 343 et s., 430, 441, 445 et s., 503, 509, 603, 641

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	4
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
SOMMAIRE.....	8
INTRODUCTION GÉNÉRALE	10
§1 Définitions.....	14
I. L'opposabilité.....	14
II. ... de la convention d'arbitrage	26
III. ... aux tiers.	33
§2 Principes directeurs.....	35
§3 Enjeux, champ d'investigation, orientation et plan de la thèse.....	38
PREMIÈRE PARTIE : LA CONCEPTUALISATION DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ AUX TIERS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.....	44
TITRE I : LE PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ OU LE RAYONNEMENT DES EFFETS DU CONTRAT À L'ÉGARD DES TIERS.....	46
CHAPITRE I : LA CONCEPTION DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ EN DROIT COMMUN	48
SECTION I : DIVERS FONDEMENTS ET APPLICATIONS DE L'OPPOSABILITÉ.....	49
§ 1 Les fondements du principe d'opposabilité.....	49
A. Exposé des fondements objectifs.....	51
1. L'approche classique de l'opposabilité.....	51
a. L'opposabilité justifiée à travers le prisme de l'effet relatif des conventions.....	52
i. Un point de départ : l'ancien article 1165 du Code civil	52
ii. Un point d'arrivée : le nouvel article 1199 Code civil.....	59
b. L'approche par la normativité du contrat.....	62
i. L'opposabilité justifiée par les droits subjectifs.....	62
ii. L'opposabilité justifiée par la force obligatoire	68
c. L'opposabilité justifiée par les actes juridictionnels.....	72
2. Critique de l'approche classique.....	77
a. La thèse critique de Robert WINTGEN.....	77
b. L'approche de Frédéric DANOS.....	90
3. La conception unitaire de l'opposabilité : la thèse de José DUCLOS	98
B. Analyse des fondements subjectifs	103
1. Distinction entre parties et tiers	104
2. L'opposabilité et la diversité des tiers	111
a. L'opposabilité à l'égard des tiers désintéressés	112
b. L'opposabilité à l'égard des tiers intéressés.....	115
i. Les tiers intéressés en raison de l'objet du contrat.....	116
ii. Les tiers intéressés en raison du lien avec la personne du contractant	121
§2 Les applications du principe d'opposabilité.....	128
A. La fonction sanction de l'opposabilité.....	129
B. La finalité probatoire de l'opposabilité	134
Conclusion section I	136
SECTION II : LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE L'OPPOSABILITÉ	139
§1 La connaissance condition à l'efficace de l'opposabilité.....	140
§2 La connaissance de facto : condition exceptionnelle de la mise en œuvre de l'opposabilité	146
A. Une condition a priori suffisante	147
1. En présence d'actes conclus en violation des droits d'autrui.....	148
2. En présence d'actes concurrents	151
B. Une suffisance à nuancer	156

1.	La nécessité d'une connaissance « alourdie »	157
a.	<i>L'exigence d'éléments factuels additionnels</i>	158
i.	La conclusion d'actes légaux destinés à compromettre les intérêts du créancier	158
ii.	La participation consciente au fait dommageable	163
b.	<i>Vers un abandon de la mauvaise foi du tiers</i>	166
2.	Les insuffisances de la connaissance de facto	169
a.	<i>En présence de certaines situations de concurrences</i>	169
b.	<i>En présence de certaines opérations sur créances</i>	171
§3	La connaissance de jure : condition naturelle de la mise en œuvre de l'opposabilité	175
A.	Une condition en principe irrécusable : la connaissance reconnue de jure à travers la publicité légale	175
1.	La publicité légale	176
a.	<i>Intérêts et formes de la publicité légale</i>	176
i.	L'intérêt de rendre public son acte.....	176
ii.	Les formes de la publicité légale	179
b.	<i>Les effets de la publicité légale</i>	180
i.	La présomption d'irréfragabilité de la connaissance du tiers	181
ii.	Une présomption d'ignorance irréfragable atténuée.....	182
2.	Les actes concernés par la publicité légale	183
a.	<i>Les actes constitutifs ou translatifs de droits réels</i>	183
b.	<i>Les actes constitutifs ou translatifs de droits personnels</i>	190
B.	Une connaissance finalement tempérée : la remise en cause des notions d'irréfragabilité.....	197
1.	Un correctif à la notion d'irréfragabilité	197
a.	<i>Une présomption de connaissance irréfragable limitée</i>	197
b.	<i>Une présomption d'ignorance irréfragable atténuée</i>	201
2.	Critique de la consécration législative de la bonne foi	203
	Conclusion de la section II	205
	Conclusion du chapitre I	205
CHAPITRE II : LA RÉCEPTION DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ EN DROIT DE L'ARBITRAGE		208
.....		208
SECTION I : UNE RÉCEPTION EN APPARENCE TROUBLÉE		211
§1 Les obstacles susceptibles de troubler la réception		211
A.	Ambiguïtés terminologiques et imprécisions théoriques	211
1.	L'utilisation fluctuante de la terminologie « opposabilité » en droit de l'arbitrage	212
a.	<i>Force obligatoire et opposabilité de la convention d'arbitrage : deux principes faussement assimilés par la doctrine</i>	212
b.	<i>L'usage par la jurisprudence et le législateur des verbes « lier » et « opposer » pour désigner le même effet</i> 217	
2.	L'absence d'une position tranchée sur la qualification juridique de la convention d'arbitrage	219
a.	<i>La convention d'arbitrage : contrat, droit ou obligation ?</i>	220
b.	<i>Les conséquences juridiques de chaque qualification sur le principe d'opposabilité</i>	223
B.	L'inadaptation en matière d'arbitrage des applications classiques de l'opposabilité.....	226
1.	« L'opposabilité – sanction » dépourvue d'intérêt en matière d'arbitrage	226
2.	« L'opposabilité – probatoire » dénuée de sens en droit de l'arbitrage	228
§2 Les améliorations tendant à faciliter la réception		229
A.	La réfutation des critiques relatives aux fonctions de l'opposabilité en matière d'arbitrage	230
1.	Le maintien des fonctions traditionnelles de l'opposabilité en matière d'arbitrage	230
2.	Proposition d'une nouvelle fonction de l'opposabilité en matière d'arbitrage : « l'opposabilité – attraction »	233
B.	Précisions sur la notion de « tiers à l'arbitrage, partie à l'instance »	235
1.	Précisions sur la notion de partie à la convention d'arbitrage et partie à l'instance arbitrale	236
a.	<i>Les « parties immédiates »</i>	236
b.	<i>Les « parties médiates »</i>	238
2.	Exclusion de certains tiers de la notion de « parties médiates »	239
	Conclusion de la section I	244
SECTION II : UNE RÉCEPTION EN SUBSTANCE FACILITÉE ET JUSTIFIÉE		247
§1 Une réception facilitée par la nature juridique de la convention d'arbitrage		247
A.	L'autonomie et l'accessorité de la clause d'arbitrage au service de son efficacité.....	248
1.	L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal et aux lois étatiques	249

a.	<i>Énoncé et effets du principe</i>	249
i.	L'autonomie matérielle	250
ii.	L'autonomie juridique	254
b.	<i>Évolution du principe</i>	257
2.	<i>La transmission automatique de la clause d'arbitrage en tant que qu'accessoire de « second degré »</i>	259
a.	<i>L'exposé de la règle</i>	259
b.	<i>Les réserves de la règle</i>	262
B.	L'efficacité de la clause d'arbitrage au soutien de l'opposabilité	264
a.	<i>La circulation de la convention d'arbitrage en dépit de l'invalidité de la transmission</i>	264
b.	<i>L'extension de la clause d'arbitrage aux tiers en dépit des vices affectant la validité du contrat principal</i>	266
	§2 Une réception justifiée par l'exigence de conditions similaires à celles retenues en droit commun	267
A.	La condition d'implication du tiers	268
1.	L'implication active du tiers	269
2.	L'implication passive du tiers	271
B.	L'exigence de la connaissance du tiers	272
1.	Une connaissance « présumée » du tiers	272
2.	Interprétation et preuve de la connaissance du tiers	275
	<i>Conclusion de la section II</i>	277
	<i>Conclusion du chapitre II</i>	277
	<i>Conclusion du titre I</i>	279
	TITRE II : LES MÉCANISMES DU RAYONNEMENT DES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE À L'ÉGARD DES TIERS : LES INSTRUMENTS DE LA RÈGLE DE L'ATTRACTION	282
	CHAPITRE I : L'ATTRACTION DES TIERS À L'ARBITRAGE PAR CIRCULATION COMPROMISSOIRE	284
	SECTION I : LES MÉCANISMES TRANSLATIFS DE DROITS À TITRE PARTICULIER	285
	§1. La convention d'arbitrage transmise avec le droit de créance	285
A.	La cession de créances	285
B.	La subrogation personnelle	288
	§2. La convention d'arbitrage transmise aux contractants extrêmes	293
	<i>Conclusion de la section I</i>	297
	SECTION II : LES MÉCANISMES ATTRIBUTIFS DE DROITS	298
	§1. Les contrats pour autrui	298
	§2. Les mécanismes de substitution et d'adjonction	300
A.	La représentation	300
B.	La délégation	304
	<i>Conclusion de la section II</i>	306
	<i>Conclusion du chapitre I</i>	307
	CHAPITRE II : L'ATTRACTION DES TIERS À L'ARBITRAGE PAR EXTENSION COMPROMISSOIRE	308
	SECTION I : L'EXTENSION COMPROMISSOIRE EN RAISON D'UNE IMPLICATION ACTIVE DU TIERS	310
	§1. L'implication active du tiers dans les relations de groupes	310
A.	Les groupes de contrats	310
1.	L'extension de l'arbitrage aux sous-contrats	311
2.	L'extension de l'arbitrage dans un ensemble contractuel	315
B.	Les groupes de sociétés	318
	§ 2. L'implication active du tiers dans les opérations de transport maritime	323
A.	L'extension de l'arbitrage contenu dans un connaissance	325
B.	L'extension de l'arbitrage contenu dans un contrat d'affrètement	330
	§ 3. L'implication active du tiers dans le financement de l'arbitrage	332
	<i>Conclusion de la section I</i>	335
	SECTION II : L'EXTENSION COMPROMISSOIRE EN RAISON D'UNE IMPLICATION PASSIVE	337
	§1 La confusion de bonne foi : l'application de la doctrine de l'Equitable estoppel	337
	§ 2 La confusion intentionnelle : la levée du voile corporatif	343

<i>Conclusion de la section II</i>	347
<i>Conclusion du chapitre II</i>	348
<i>Conclusion du titre II</i>	349
<i>Conclusion de la partie I</i>	351
SECONDE PARTIE : L'EFFICACITÉ DU PRINCIPE D'OPPOSABILITÉ AUX TIERS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	355
TITRE I : UNE OPPOSABILITÉ LIMITÉE : LA PERTURBATION DE LA RÈGLE DE L'ATTRACTION	357
CHAPITRE I : LES LIMITES D'ORDRE JURIDIQUE ET OBJECTIF	358
SECTION I : LA RÈGLE DE L'ATTRACTION CONDITIONNÉE : LA VALIDITÉ DE L'ARBITRAGE ENTRE LES PARTIES.....	360
§1 Les conditions de validité tirées du droit des contrats et des règles matérielles	361
A. L'exigence d'un accord de volontés.....	361
1. L'exigence du consentement	361
a. <i>Le principe</i>	363
b. <i>Les possibles atténuations</i>	365
i. <i>Le principe de validité de la convention d'arbitrage international</i>	366
ii. <i>L'« arbitrage forcé »</i>	368
2. La capacité et le pouvoir de donner son consentement	371
a. <i>La capacité de compromettre</i>	372
b. <i>Le pouvoir de compromettre</i>	377
3. L'interprétation du consentement	382
a. <i>Cas des clauses pathologiques</i>	382
b. <i>Cas des clauses d'arbitrage par référence</i>	387
B. L'existence en la forme de l'accord de volontés.....	389
1. Le cadre formel	390
a. <i>La place de l'écrit en droit interne et international</i>	390
b. <i>Les énonciations et formulations de l'écrit</i>	393
2. La preuve de l'existence de l'accord de volontés	395
C. La validité du contenant et des relations de groupes.....	397
1. Les conséquences de l'anéantissement du contrat principal sur la validité de la clause d'arbitrage eu égard à l'exception de l'effet négatif du principe compétence-compétence	397
2. Les conséquences de l'invalidité des relations de groupes sur l'applicabilité de la convention d'arbitrage	401
a. <i>Les effets de l'anéantissement en cascade des contrats de l'ensemble contractuel</i>	401
b. <i>La nécessaire existence et unité du groupe de sociétés</i>	404
§2 Les conditions de validité propres au droit de l'arbitrage	407
A. Les conditions de validité tirées de l'arbitrabilité des litiges.....	407
1. L'arbitrabilité objective	408
2. L'arbitrabilité subjective	412
B. Le principe du cantonnement de la clause d'arbitrage au cadre de l'activité professionnelle : une exigence révolue ?.....	417
<i>Conclusion de la section I</i>	422
SECTION II : LA RÈGLE DE L'ATTRACTION RELATIVISÉE : INCERTITUDE DE CERTAINS FONDEMENTS DE L'EXTENSION.....	424
§1 Critique de certaines terminologies et références justifiant l'extension	424
A. Débats autour des fondements avancés dans le cadre de la théorie de groupe.....	425
1. Incomplétude de certains fondements avancés dans le cadre de groupe de sociétés	425
a. <i>La référence faite à la lex mercatoria pour retenir la notion de groupe de sociétés</i>	425
b. <i>L'existence ou l'appartenance à un groupe de sociétés sont-elles suffisantes à justifier l'extension ?</i> ...429	429
2. Incertitude de certains fondements de l'extension rationae personae dans le cadre des groupes de contrats	430
a. <i>L'insuffisance de la notion d'indivisibilité contractuelle</i>	430
b. <i>Critique de la formule « validité et efficacité » propre de la convention d'arbitrage</i>	435
B. Le fondement impossible de la notion d'adhésion comme justification de l'extension.....	437
§2 De possibles insuffisances des théories sanctionnant le comportement des tiers	440
A. L'insuffisance de la théorie de la fraude.....	441
B. L'insuffisance de la théorie de l'apparence.....	446
<i>Conclusion de la section II</i>	449

SECTION III : LA RÈGLE DE L'ATTRACTION PARALYSÉE : LES CAS D'INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.....	451
§1 <i>L'inopposabilité de la convention d'arbitrage en présence d'une garantie</i>	451
A. L'inopposabilité de la clause d'arbitrage à l'égard de la caution	452
B. L'inopposabilité de la clause d'arbitrage à l'égard du garant autonome	457
§2 <i>L'inopposabilité de la convention d'arbitrage en raison des limites convenues par les parties et fixées par les arbitres</i>	460
A. Le cantonnement des effets de la convention d'arbitrage convenu ab initio par les parties	461
B. La restriction des effets de la convention d'arbitrage fixée par le tribunal arbitral	463
§3 <i>L'inopposabilité de la convention d'arbitrage légitimée par la position du tiers</i>	465
A. L'inopposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du tiers neutre.....	466
1. <i>L'inopposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du liquidateur judiciaire</i>	466
2. <i>L'inopposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du représentant parfait</i>	474
B. La paralysie de l'opposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard du tiers impécunieux	476
<i>Conclusion de la section III</i>	480
<i>Conclusion du chapitre I</i>	481
CHAPITRE II : LES LIMITES D'ORDRE EXTRA-JURIDIQUE ET SUBJECTIF	484
SECTION I : LA LÉGITIMITÉ DE L'ATTRACTION VUE PAR LE MILIEU JURIDIQUE	486
§1 <i>Les arguments avancés</i>	486
A. La dimension organique et procédurale de l'attraction.....	487
1. <i>La bonne administration de la justice par l'unification du contentieux</i>	487
a. <i>Les remèdes aux procédures parallèles et à la fragmentation du contentieux</i>	490
i. Les remèdes préventifs.....	491
ii. Les remèdes curatifs.....	495
b. <i>La confirmation de la dimension procédurale par la jurisprudence et la doctrine arbitragiste</i>	500
2. <i>L'équité</i>	502
B. La dimension économique et politique de l'attraction.....	504
1. <i>Les intérêts économiques et l'attraction</i>	505
2. <i>La promotion du droit français de l'arbitrage international</i>	506
§2 <i>Le réalisme des arguments avancés</i>	511
<i>Conclusion de la section I</i>	517
SECTION II : L'APPRECIATION OSCILLANTE DE L'ATTRACTION VUE PAR LE DIPTYQUE PARTIES-TIERS	520
§1 <i>L'inclusion vue par les parties</i>	521
A. Les parties demandresses généralement favorables à l'attraction des tiers	522
B. Sur la possibilité pour les parties demandresses de refuser l'attraction	524
§2 <i>L'attraction vue par les tiers</i>	526
A. Le rejet de l'attraction par le tiers défendeur.....	527
B. Le cas du tiers demandeur	530
<i>Conclusion de la section II</i>	534
<i>Conclusion du chapitre II</i>	535
<i>Conclusion du titre I</i>	536
TITRE II : UNE OPPOSABILITÉ RENOUVELÉE POUR UNE EFFICACITÉ RENFORCÉE	539
CHAPITRE I : LES ÉLÉMENTS DE LA CONCEPTION RENOUVELÉE	541
SECTION I : POUR UNE RELECTURE DES FONDEMENTS JURIDIQUES ET OBJECTIFS DE L'ATTRACTION.....	542
§1 <i>L'uniformisation des règles de l'attraction</i>	542
A. Les règles ouvrant la voie à l'attraction.....	543
1. <i>L'abandon du cloisonnement des droits interne et international de l'arbitrage relativement à la forme de la convention d'arbitrage</i>	544
a. <i>Pour une éviction de tout formalisme en matière interne</i>	544
b. <i>Pour un abandon des restrictions liées au contenu et à l'interprétation de la portée de la convention d'arbitrage interne</i>	550
2. <i>L'abandon du cloisonnement des droits interne et international de l'arbitrage à l'égard du domaine de la convention d'arbitrage</i>	556
a. <i>Pour un élargissement de la matière arbitrable</i>	556
i. <i>Pour une abrogation de l'alinéa 2 de l'article 2061 du Code civil</i>	557

ii. L'ouverture du domaine de la clause d'arbitrage aux les litiges nés d'un contrat de travail 566	
b. Pour une extension de principe de l'arbitrabilité subjective à toute personne morale publique impliquée dans l'opération économique	571
B. Les règles conditionnant l'attraction	577
1. L'incertitude de la justification actuelle de l'attraction en raison de la volonté des tiers	577
2. Pour une approche renouvelée de la recherche de la volonté du tiers	583
§2 Les remèdes aux fragilités frappant la règle d'attraction	586
A. Proposition d'un cadre pertinent à la théorie de groupe	586
1. En présence d'un groupe de contrats	587
2. En présence d'un groupe de sociétés	594
B. Pour une objectivation du processus d'attraction en présence d'actes déloyaux	602
§3 La reconsidération de certains cas d'inopposabilité de la convention d'arbitrage	607
A. La possible attraction de la caution et du garant à première demande	607
B. Proposition de solution pour le tiers impécunieux : la mutualisation des frais liés à l'arbitrage	613
Conclusion de la section I	618
SECTION II : POUR UNE CONSÉCRATION DÉFINITIVE DE CERTAINS ÉLÉMENTS DE LA DIMENSION EXTRAJURIDIQUE DANS L'ANALYSE DE L'ATTRACTION	621
§1 La bonne administration de la justice par l'unification du contentieux : un critère indispensable à la justification de l'attraction	621
§2 La nécessaire prise en compte de l'influence du droit français dans l'approbation de la nouvelle règle de l'attraction	630
Conclusion de la section II	631
Conclusion du chapitre I	632
CHAPITRE II : L'IMPACT DE LA CONCEPTION RENOUVELÉE	634
SECTION I : L'ÉMERGENCE D'UNE RÈGLE UNIFIÉE DE L'OPPOSABILITÉ EN MATIÈRE D'ARBITRAGE : ESSAI DE SYNTHÈSE	635
§1 Les contours de la règle	635
A. Le domaine de la règle	636
B. L'énoncé de la règle	638
1. Les exigences retenues en présence des mécanismes de circulation de la clause d'arbitrage	639
2. Les exigences retenues en présence des mécanismes extensifs de la clause d'arbitrage	640
a. Les conditions dites traditionnelles ou indispensables à la règle de l'extension	641
b. Les éléments dits confortatifs de la règle de l'extension	642
§2 Les possibles dévoiements de la règle	643
Conclusion de la section II	646
SECTION II : L'IMPACT DE LA RÈGLE DE L'OPPOSABILITÉ	647
§1 L'impact sur la procédure	647
A. Sur l'avant et le début de la procédure	647
1. Le rôle préventif de la règle unifiée	647
2. Le rôle curatif de la règle unifiée	651
B. Les effets de la règle unifiée sur l'issue de la procédure	659
1. Les effets indirects de la règle sur l'autorité et la force probante de la chose jugée	659
2. Les effets indirects de la règle sur la reconnaissance et l'exéquatur de la sentence	661
§2 L'impact sur le droit de l'arbitrage	664
A. L'impact sur la convention d'arbitrage	665
B. L'impact sur la compétence de l'arbitre	668
Conclusion de la section II	671
Conclusion du chapitre II	673
Conclusion du titre II	673
Conclusion de la partie II	675
CONCLUSION GÉNÉRALE	678
BIBLIOGRAPHIE	684
INDEX ALPHABÉTIQUE	725
TABLE DES MATIÈRES	729

L'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage

Résumé. Il existe en droit commun et en droit de l'arbitrage deux mécanismes similaires ayant un objectif commun : rendre l'acte juridique apte à faire sentir ses effets à l'égard des tiers. Il s'agit, pour le droit commun, du principe de l'opposabilité et, pour le droit de l'arbitrage, de la règle de l'attraction des tiers à la procédure arbitrale. Ces deux techniques, qui procèdent de la même manière et partagent presque les mêmes conditions de mise en œuvre, ont en revanche une qualification distincte. En droit commun, l'opposabilité est connue pour être un principe à part entière dont la fonction principale, la fonction de sanction, est relativement offensive, puisqu'elle oblige les tiers, sujets auxquels l'opposabilité est habituellement attachée, au devoir général de respect, à l'obligation de ne pas nier l'existence des engagements d'autrui et de ne pas y porter atteinte au risque de subir les conséquences de leur immixtion. Le principe de l'opposabilité a également une fonction probatoire qui permet aux tiers d'opposer aux parties, ou aux autres tiers, l'existence d'un contrat pour apporter la preuve d'un fait. Alors qu'en droit de l'arbitrage, la règle de l'attraction permet une extension des effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers qui se trouvent impliqués positivement ou négativement, directement ou indirectement à la négociation, la formation, l'exécution ou l'anéantissement du contrat dans lequel est insérée la clause d'arbitrage.

Puisque les deux techniques partagent le même procédé et agissent sur les mêmes personnes, la présente thèse a pour but d'étudier la réception du principe d'opposabilité en droit de l'arbitrage. Cette réception passe par une intégration et un attachement de la règle de l'attraction au principe de l'opposabilité comme fonction nouvelle. L'objectif principal est donc de répondre à une question précise : comment faire en sorte que le principe de l'opposabilité soit accepté et transposé en matière arbitrale pour ainsi voir à l'œuvre toutes ses fonctions, y compris celle qu'il vient d'intégrer, sans que le système juridique ne subisse de profonds bouleversements.

Notre analyse de la réception se déroule en deux étapes. Après avoir rappelé et établi le cadre théorique du principe de l'opposabilité, dans lequel avons-nous examiné les différentes conceptions, justifications et sujets de l'opposabilité ; cadre qui nous a offert une image plus claire et réaliste des applications de l'opposabilité en droit commun et nous a permis de voir si ces applications et fonctions étaient en mesure de justifier la règle de l'attraction. Nous avons donc conclu que l'opposabilité est parfaitement recevable en droit de l'arbitrage à condition d'y intégrer ladite règle de l'attraction comme fonction nouvelle. Convaincus de sa réception en droit de l'arbitrage, nous avons, ensuite, soumis la nouvelle fonction d'attraction à un ultime test, celui de l'efficacité. L'examen de l'efficacité aura permis de recenser les limites de la règle de l'attraction dont nous avons proposé un certain nombre de solutions de renouvellement, et ce, dans le but de mieux intégrer la fonction et pour que celle-ci puisse avoir un impact systématisé sur le droit de l'arbitrage.

The opposability of the arbitration agreement against third parties

Abstract. There are two similar mechanisms in common law and in arbitration law with a common objective: to make the legal act capable of making its effects felt vis-à-vis third parties. This is, for the common law, the principle of opposability - third-party effectiveness - and, for the law of arbitration, the rule of third-party attraction to arbitral proceedings. These two techniques, which proceed in the same way and share almost the same conditions of application, on the other hand have a distinct qualification. In ordinary law, opposability is known to be a principle in its own right, the principal function of which, the sanctioning function, is relatively offensive, since it obliges third parties, subjects to whom opposability is usually attached, to the general duty of respect, to the obligation not to deny the existence of the commitments of others and not to undermine them to the risk of suffering the consequences of their interference. The principle of third-party effectiveness also has a probative function which enables third parties to oppose to the parties, or to other third parties, the existence of a contract to prove a fact. Whereas in arbitration law, the rule of attraction allows an extension of the effects of the arbitration agreement in respect of third parties who are positively or negatively involved, directly or indirectly, in the negotiation, formation, performance or destruction of the contract in which the arbitration clause is inserted.

Since the two techniques share the same process and act on the same persons, the purpose of this thesis is to study the acceptance of the principle of enforceability in arbitration law. This reception requires the rule of attraction to be integrated and attached to the principle of opposability as a new function. The main objective is therefore to answer a specific question: how to ensure that the principle of third-party effectiveness is accepted and transposed in arbitral proceedings so that all its functions, including the one it has just incorporated, can be carried out, without the legal system undergoing major upheavals.

Our reception analysis is carried out in two stages. After recalling and establishing the theoretical framework of the principle of opposability, in which we examined the different conceptions, justifications and subjects of opposability; this framework gave us a clearer and more realistic picture of the applications of opposability in ordinary law and enabled us to compare these different applications to the test of arbitration to see whether these applications and functions would be able to justify the rule of attraction. We have therefore concluded that opposability is perfectly admissible in arbitration law, provided that the rule of attraction is included as a new function. Convinced of its reception in arbitration law, we then subjected the new attraction function to a final test, that of effectiveness. The effectiveness review identified the limitations of the attraction rule, which we have proposed a number of renewal options, in order to better integrate the function and to ensure that it can have a systematic impact on arbitration law.

Mots clés : opposabilité ; convention d'arbitrage ; tiers ; règle de l'attraction ; extension et transmission de la convention d'arbitrage ; arbitrage multipartite.

[Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine (IRDAP)]

[UFR Droit privé et sciences criminelles – Université de Bordeaux]