

Referent: **Me Laurent Hirsch**, avocat, Hirsch Kobel, Genève

Portée subjective de la clause d'arbitrage  
(extension de la clause arbitrale à des tiers non-signataires)

Geltungsbereich der Schiedsklausel: subjektive Grenzen

## A. Introduction

"Le seul problème - délicat - à résoudre est de savoir si A., qui n'a pas signé ce contrat et n'y est pas non plus désigné en qualité de partie, est également lié par la convention d'arbitrage." (ATF 16.10.03, cons. 5.3)

## B. Discussion

### 1. Quel est le rapport entre l'extension de la clause arbitrale à un tiers et l'engagement du tiers selon le contrat ?

proposition : La question de savoir si le tiers est lié par la clause arbitrale ne se confond pas avec celle de savoir s'il est lié par le contrat.

### 2. Quel est le droit applicable déterminant ?

proposition : Le droit applicable est déterminé par la *lex arbitrii* (directement ou par renvoi).

"Die Parteien haben für die Schiedsklausel keine Rechtswahl getroffen, jedoch das Secrecy Agreement dem schweizerischen Recht unterstellt. Auch für die Beurteilung der Gültigkeit und die Auslegung der Schiedsvereinbarung ist somit schweizerisches Recht massgeblich ..." (ATF 19.5.03, cons. 3)

"...il ressort de ce paragraphe dudit acte [de mission] que les parties ont élargi le domaine du droit applicable, en invitant le Tribunal arbitral à tenir compte également "des usages du commerce pertinents" conformément à l'art. 17 du Règlement d'arbitrage de la CCI." (ATF 16.10.03, cons.5.3.2)

"...A corollary to the separability doctrine is that the law applicable to the arbitration agreement may differ from the law applicable both to the substance of the contract underlying the dispute and to the arbitral proceedings themselves. The right of C&M to make claims for the C&M Group is a question of interpretation of the arbitration agreement contained in the Agreement, including the intention of the parties. In the absence of any choice of law made by the parties with regard to the arbitration agreement itself, this Tribunal will determine this question in accordance with the common intent of the parties."  
(sentence du 10 mars 2003, ch. 86)

"The predicate (paragraph 86) of the tribunal's approach was that the Agreement contained no choice of law with regard to the arbitration agreement in clause 17. Yet, as the tribunal also and rightly recognised, the issue raised a question of interpretation of the Agreement and such questions were expressly subject to Arkansas law by Clause 19. The identification of the parties to an agreement is a question of substantive not procedural law."  
(jugement du 4 février 2004, ch. 45)

**3. L'article 178, al 1 LDIP impose-t-il que l'extension ressorte d'un document écrit ?**  
proposition : Interprétation libérale selon le tribunal fédéral

*"...l'état actuel de la jurisprudence fédérale en la matière, laquelle n'est pas empreinte de formalisme mais révèle bien plutôt une approche libérale, par le Tribunal fédéral, des conditions de validité de la convention d'arbitrage dans le domaine de l'arbitrage international [...] En définitive et dans le droit fil de cette jurisprudence libérale, il n'y a pas lieu de poser des exigences trop strictes en ce qui concerne la validité formelle de l'extension d'une clause arbitrale à un tiers. [...]*  
*...cette exigence de forme ne s'applique qu'à la convention d'arbitrage elle-même, c'est-à-dire à l'accord (clause compromissoire ou compromis) par lequel les parties initiales ont manifesté réciproquement leur volonté concordante de compromettre. Quant à la question de la portée subjective d'une convention d'arbitrage formellement valable au regard de l'art. 178 al. 1 LDIP - il s'agit de déterminer quelles sont les parties liées par la convention et de rechercher, le cas échéant, si un ou des tiers qui n'y sont pas désignés entrent néanmoins dans son champ d'application ratione personae -, elle relève du fond et doit, en conséquence, être résolue à la lumière de l'art. 178 al. 2 LDIP..." (ATF 16.10.03, cons. 5.3.1)*

**4. La théorie du Durchgriff s'applique-t-elle pour l'extension de la clause arbitrale ?**  
proposition : Le Durchgriff s'applique à la clause arbitrale dans la mesure où il s'applique au fond.

**5. Quelle est l'importance de l'intention des parties ?**  
proposition : L'intention des parties est le critère déterminant de manière générale.

**6. Quelle est l'importance de l'existence d'un groupe de sociétés ?**  
proposition : L'existence d'un groupe de sociétés ne constitue pas une base suffisante à l'extension de la clause arbitrale, mais constitue un indice de la volonté des parties.

**7. Comment apprécie-t-on le cas des organes signataires ?**  
proposition : Il n'y a pas de raison d'admettre plus facilement l'extension aux organes, nonobstant leur signature.

**8. Quelle est l'importance de la négociation et de l'exécution du contrat ?**  
proposition : La négociation et l'exécution du contrat constituent un indice de la volonté des parties.

**9. Quelle est l'importance de démarches procédurales avec des signataires ?**  
proposition : La participation en consorcié constitue un indice de l'intention du tiers non-signataire de se soumettre à la clause arbitrale.

*"Die Vorinstanz hat daher kein Bundesrecht verletzt, indem sie davon ausging, der Kläger 2 hätte sich den prozessualen Schritten der Klägerin 1 angeschlossen und würde sich der Schiedsklausel im Interesse einer gemeinsamen Beurteilung unterziehen, soweit diese - was die Kläger im kantonalen Verfahren zwar bestritten, zumindest aber in Betracht gezogen haben - in sachlicher Hinsicht auf die Streitigkeit anwendbar ist." (ATF 19.5.03, cons. 4.2)*

**10. Quelle est l'importance de la bonne foi ?**  
proposition : La bonne foi peut empêcher une partie de s'opposer à l'extension de la clause arbitrale.

**11. La question se présente-t-elle différemment suivant que le tiers non signataire demande l'extension ou s'oppose à l'extension ?**

proposition : L'extension peut être admise plus facilement si le tiers non signataire la demande.

"...the Fourth and Eleven Circuits have been willing to estop a signatory from avoiding arbitration with a nonsignatory when the issues the nonsignatory is seeking to resolve in arbitration are intertwined with the agreement that the estopped party has signed."

(jugement américain, 2<sup>nd</sup> Circuit Court of Appeals, du 8 décembre 1999)

**12. Quel est le pouvoir d'appréciation d'un tribunal ou d'un organe participant à la mise en route de la procédure arbitrale ?**

proposition : Si une convention d'arbitrage existe prima facie, il convient de laisser au tribunal arbitral le soin de déterminer sa portée subjective.

**13. Quel est le pouvoir d'appréciation d'un tribunal saisi au fond, face à une objection fondée sur une clause arbitrale ?**

proposition : Le tribunal saisi au fond statue avec pleins pouvoirs.

"Da die Schiedsklausel die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz vorsieht und lediglich ihre Tragweite in persönlicher und sachlicher Hinsicht zu beurteilen ist, hat das angerufene staatliche Gericht seine Zuständigkeit auf entsprechende Einrede hin nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits zu verneinen, wenn eine summarische Prüfung der Schiedsvereinbarung nicht ergibt, dass sie hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist." (ATF 19.5.03, cons. 3)

**14. Quel est le pouvoir d'appréciation du tribunal fédéral saisi d'un recours ?**

proposition : Il s'agit pour l'essentiel de questions de fait, le TF ne pouvant censurer une décision que si les principes juridiques appliqués sont erronés.

**15. La décision du tribunal arbitral du 22 avril 2003 dans l'affaire libanaise était-elle fondée ?**

proposition : A la lecture de la sentence, je ne suis pas convaincu par les éléments sur lesquels le tribunal arbitral s'est fondé.

**16. L'arrêt du tribunal fédéral du 16 octobre 2003 est-il bien fondé ?**

proposition : Dès lors que le tribunal arbitral avait constaté l'intention des parties en fait, le tribunal fédéral ne pouvait pas parvenir à une autre conclusion.

"...le recourant n'articule pas de grief recevable au sujet des constatations de fait du Tribunal arbitral relatives à sa forte implication dans l'exécution du contrat d'entreprise litigieux."

(ATF 16.10.03, cons. 5.3.2)

**17. Quelle est la portée de l'arrêt du tribunal fédéral du 16 octobre 2003 ?**

proposition : Le tribunal fédéral s'est prudemment abstenu de discuter des critères de l'extension de la clause arbitrale à un tiers en droit suisse.

"...on peut se dispenser d'examiner si c'est à tort ou à raison que le Tribunal arbitral a jugé que l'extension de la clause d'arbitrage à A. était également conforme au droit suisse." (ATF 16.10.03, cons. 5.3.2)

**18. Quelle est la portée de l'arrêt du tribunal fédéral du 19 mai 2003 ?**

proposition : La décision du tribunal fédéral repose sur des circonstances très particulières, mais elle pourrait inspirer des décisions similaires dans d'autres circonstances.

## **C. Conclusions**

**Rédaction du contrat**

**Contestation devant le tribunal arbitral**

**Motivation de la sentence**

**Recours contre la sentence**

## **D. Références des cas traités**

Arrêt du Tribunal fédéral du 19 mai 2003, cause 4C.40/2003, Bulletin ASA 2004 p. 344 (affaire lucernoise).

Arrêt du Tribunal fédéral du 16 octobre 2003, cause 4P.115/2003, publié ATF 129 III 727, Bulletin ASA 2004 p. 364, recours contre la sentence finale du 22 avril 2003, arbitrage CCI 11416 (affaire libanaise).

Jugement anglais du 4 février 2004, [2004] EWHC 121 (Comm), Peterson Farms Inc c/ C&M Farming, recours contre une sentence finale du 10 mars 2003.

## **E. Doctrine**

Bernard Hanotiau, Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts – parties – issues, *Journal of International Arbitration* 2001, p. 251 - 360.

ASA Special Series No 8, *The Arbitration Agreement*, 1994.

## **F. Annexes**

1. Extraits de la sentence du 22 avril 2003, arbitrage CCI 11416, ch. 243 à 257.
2. Présentation en une page de l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 octobre 2003.

Extraits de la sentence du 22 avril 2003, arbitrage CCI 11416

243. Dans la sentence CCI n°10758/2000 (JDI, 2001, p. 1171)., le tribunal arbitral, statuant selon le droit suisse, a ainsi jugé que « *l'extension d'une convention d'arbitrage à un non signataire n'est pas une simple question de participation du non signataire aux négociations, à la conclusion ou à l'exécution du contrat ou de son attitude (y compris la déclaration expresse ou implicite ou la mauvaise foi) envers la partie qui cherche à introduire le non signataire dans l'arbitrage (ou à l'en exclure). C'est de cette participation au contrat ou de son attitude envers l'autre partie que le Tribunal arbitral peut déduire " la commune intention des parties ... " qui a été reconnue dans de nombreuses sentences (y compris l'affaire Dow Chemical) comme justifiant l'extension de la clause compromissoire à un non signataire* » (JDI, 2001, p. 1171).

244. La possibilité d'une telle extension est admise par le droit suisse. Certes, dans une arrêt rendu le 29 janvier 1996 (*Saudi Butec Ltd et autres c/ Saudi Arabian Saipem Ltd et autres*, Bull. ASA, 1996, p. 496, RSDIE 1996, p. 581, note François Knoepfleř), le Tribunal fédéral a confirmé la décision d'un tribunal arbitral de ne pas étendre la clause d'arbitrage à la société-mère sur le seul motif que « *la société-fille était intervenue au titre de « representative » dans divers prospectus* ». Mais le Tribunal fédéral a seulement rappelé, ce faisant, qu'il ne peut substituer sa propre appréciation des faits à celle du tribunal arbitral et que la levée du voile social n'a pas pour effet automatique la soumission de la maison-mère à la procédure arbitrale, étant observé que l'espèce soumise au Tribunal fédéral était relative à la levée du voile social dans un groupe de sociétés, ce qui n'est pas le cas de la présente affaire. Mais, dans un arrêt postérieur du 18 décembre 2001 (*Lukoil-Permnefteorgsintez c/ MIR Müteahhitlik ve Ticaret A.S. et autres*), le Tribunal fédéral a jugé que « *lorsqu'ils examinent s'ils sont compétents pour trancher le différend qui leur est soumis, les arbitres doivent résoudre, entre autres questions, celle de la portée subjective de la convention d'arbitrage. Il leur appartient notamment de déterminer quelles sont les parties liées par la*

*convention[...]. A cet égard, il n'est pas douteux qu'une convention d'arbitrage peut obliger même des personnes qui ne l'ont pas signée ... »*

Selon le Tribunal fédéral, pour apprécier si la clause d'arbitrage est valable au regard du droit suisse, il convient de se référer aux règles du droit suisse sur l'interprétation des déclarations de volontés. *« Il convient ainsi de rechercher la volonté réelle des parties, ou à défaut, de faire intervenir le principe de la confiance, lequel est applicable lorsqu'il s'agit de trancher les litiges relatifs, soit au consentement requis pour qu'une convention d'arbitrage vienne à chef, soit à l'interprétation d'un tel acte [...]. Selon le principe de confiance, celui qui fait une déclaration de volonté adressée à autrui est lié par sa déclaration selon le sens que le destinataire peut et doit lui attribuer de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Il importe peu que l'auteur de la déclaration n'ait pas saisi la portée de ce qu'il disait, dès lors que le destinataire ne pouvait pas s'en apercevoir »* (ibid).

245. La jurisprudence suisse admet ainsi l'extension d'une clause d'arbitrage à une partie non signataire sur le fondement de la volonté réelle des parties ou, à défaut, sur celui du principe de la bonne foi.

c) L'extension de la clause d'arbitrage à M. A et sa responsabilité

246. La majorité du Tribunal arbitral considère que ces deux critères sont réunis dans la présente affaire. Siégeant en Suisse, le Tribunal arbitral doit consulter les règles du droit suisse en la matière et celles-ci sont favorables à l'extension d'une clause d'arbitrage dès lors que les conditions énumérées ci-dessus sont remplies. Cependant, en vertu des dispositions de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CCI, le Tribunal arbitral doit également tenir compte des usages du commerce. Il lui est donc permis de se référer à la *Lex Mercatoria*, ce que, de surcroît, justifie le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage en vertu duquel celle-ci n'est pas nécessairement soumise au droit applicable au fond du contrat.

247. Les arguments de la Partie demanderesse tirés de la propriété des terrains sur lesquels ont été construits les immeubles objet du contrat litigieux ne sont pas pertinents. En effet, la preuve a été rapportée que, si les terrains ont été jusqu'en 1996-1997 la propriété personnelle de M. A, cette propriété a été transférée à la société Y et Z n'a pas prétendu que ce transfert aurait été irrégulier ou illicite.

248. Le fait que le titulaire du permis de construire n'ait été modifié qu'au cours de l'année 2000 n'est pas non plus déterminant, dès lors qu'il a pu résulter d'une négligence de la part des propriétaires successifs, laquelle, en soi, n'est pas constitutive de fraude. Il est toutefois permis d'émettre quelques doutes, que les Parties défenderesses se sont soigneusement abstenues de dissiper, sur la propriété du capital et les capacités de financement, apparemment très importantes, des sociétés Y et X au sujet desquelles les Parties défenderesses sont demeurées extrêmement discrètes. Mais M. A pouvait parfaitement donner ou prêter à son épouse et à ses fils les fonds nécessaires pour constituer le capital de ces sociétés et aucune règle du droit libanais des sociétés ne s'oppose à ce que l'épouse de M. A soit nommée Président Directeur Général de Y.

249. De la même façon, l'extrême personnalisation de la présentation du projet à la presse et au public ne saurait, en soi, constituer une preuve suffisante de la volonté de M. A d'être personnellement tenu des engagements de Y et X, cette mise en avant du dirigeant du groupe A n'étant pas inhabituelle au regard des exigences de la commercialisation d'un projet immobilier de cette envergure (140 millions de Dollars US, selon les Parties défenderesses), même s'il est concevable qu'elle ait pu conforter la croyance de Z que M. A était, au delà de ses cocontractants officiels, le véritable opérateur et bénéficiaire du projet.

250. Ces éléments de fait sont donc, à eux seuls, insuffisants pour permettre à Z d'attirer M. A dans la procédure d'arbitrage.

251. En revanche, les pièces qui ont été produites aux débats démontrent clairement que celui-ci, bien que n'apparaissant ni dans le capital, ni dans la direction des sociétés Y et X, était en réalité leur véritable dirigeant. En effet, c'est indifféremment au nom de ces deux sociétés qu'il intervient, en qualité de Président (v. le procès verbal du 28 septembre 2000 et la circulaire du 21 janvier précités), jusque dans les moindres détails, dans la conception, la direction et l'exécution des travaux. C'est encore au nom de la société Y qu'il est intervenu le 7 décembre 1998 pour informer Z, parmi d'autres, de la nomination de son frère, M. B, en qualité de " *représentant du propriétaire* " (*Owner Representative*). C'est au nom de X que, le 21 janvier 2000, il annonça la nomination de M. en qualité de « *Warehouse Coordinator* ». Il n'a pas été contesté, par ailleurs, que c'est M. A qui a nommé puis révoqué les cinq Maîtres de l'Ouvrage Délégués qui se sont succédé sur le chantier et qu'il a également nommé le sixième.

252. Plusieurs des témoins entendus par le Tribunal arbitral lors de l'audience des 8 et 9 octobre 2001, ont attesté de sa présence fréquente sur le site du projet et ses interventions constantes. Enfin, au cours de l'audience du 7 mars 2002, le conseil de M. A a reconnu que celui-ci avait « *participé à certains actes de gestion* ». Le Tribunal arbitral observe que ceci est corroboré par le document précité, intitulé « *Procès verbal de la visite du Président A* » qui mentionne que ce dernier a approuvé (sic) le calepinage des salles de bain, et qu'il a approuvé (sic) " *plusieurs contrats reliés à la construction en se basant sur les travaux comparatifs*".

253. Il ressort de l'ensemble de ces faits que M. A s'est manifestement et volontairement immiscé, non seulement dans la direction des sociétés défenderesses en ce qui concerne la gestion du projet « *Grand Hills Village* », mais encore dans l'exécution du contrat litigieux, dont il n'a pu,

par là-même, ignorer les termes et conditions, notamment la clause compromissoire qu'il comporte.

254. Ainsi que l'a jugé le tribunal arbitral dans la sentence CCI n° 5721 de 1990 précitée (supra § 235), « l'extension suppose que la personne morale n'a été que l'instrument du commerce de la personne physique, de telle sorte que l'on puisse faire rejaillir sur celle-ci les contrats et engagements souscrits par celle-là ». Il est, en l'espèce, clairement établi que les sociétés Y et X n'ont été, à l'évidence, que les instruments de l'activité personnelle de M. A, ce dernier ayant ainsi manifesté son intention d'être personnellement partie à la convention d'arbitrage.

255. Le Tribunal arbitral considère également qu'il serait contraire au principe de bonne foi, qui gouverne les relations commerciales internationales, qu'une personne physique qui est intervenue personnellement, de façon constante et répétée, dans l'exécution d'un contrat, puisse, le moment venu, s'abriter derrière la ou les personnes morales signataires de celui-ci, en contestant être liée par les clauses qu'il contient, et notamment la clause compromissoire.

256. Pour l'ensemble de ces motifs, la majorité du Tribunal arbitral estime que la clause d'arbitrage doit être étendue à M. A personnellement et que c'est donc à bon droit qu'il a été attiré dans la procédure d'arbitrage.

257. Il s'est immiscé dans la gestion des sociétés X et Y, et dans l'exécution du contrat d'une manière telle que Z a pu être raisonnablement conduite à presumer sa responsabilité personnelle. Il doit en conséquence être tenu responsable des agissements des sociétés Y et

X

## Hirsch Kobel

---

**De:** Laurent Hirsch

**Envoyé:** jeudi, 25. mars 2004 12:33

**À:** arbitrage-adr@yahoogroupes.fr

**Objet:** Jurisprudence suisse sur l'extension à un tiers de la convention d'arbitrage

La question de l'extension à un tiers de la convention d'arbitrage a été traitée par le Tribunal fédéral suisse dans un récent arrêt (publié ATF 129 III 727).

Le litige avait pour cadre un contrat de construction au Liban, conclu entre des parties libanaises et soumis au droit libanais. Le contrat contenait une clause d'arbitrage CCI, avec siège à Genève. L'entrepreneur a déposé une demande visant non seulement le maître de l'ouvrage mais encore une personne physique, non signataire du contrat, qui était l'actionnaire et l'animateur du maître de l'ouvrage.

Le Tribunal arbitral, composé de deux arbitres libanais et d'un président français, par sentence du 22 avril 2003, s'est reconnu compétent pour rendre sa sentence à l'égard du tiers, qu'il a déclaré conjointement responsable des montants que le maître de l'ouvrage a été condamné à payer à l'entrepreneur. Le Tribunal arbitral a considéré que le tiers s'était manifestement et volontairement immiscé dans l'exécution du contrat d'entreprise, au point qu'il était établi que la société n'avait été que l'instrument de son activité personnelle.

Le maître de l'ouvrage et le tiers (représentés par le même avocat) ont formé un recours contre cette sentence auprès du Tribunal fédéral suisse. Ils ont soulevé tout une série de motifs, dont celui d'avoir rendu une sentence à l'encontre d'une personne qui n'était pas liée par la clause arbitrale.

Le Tribunal fédéral suisse a rejeté le recours, par arrêt du 16 octobre 2003.

Le Tribunal fédéral suisse examine d'abord la question de la forme. Selon l'article 178 al. 1 LDIP, la convention d'arbitrage doit figurer sur un support écrit. Dans le cas d'espèce, la clause figurait sur le contrat écrit, mais la qualité de partie à cette clause du tiers ne résultait d'aucun écrit. Ecartant l'opinion du Professeur Poudret, qualifiée de formaliste, le Tribunal fédéral suisse considère que la portée subjective d'une convention d'arbitrage est une question touchant la validité au fond et non la validité à la forme, de sorte que l'exigence de forme écrite de l'article 178 al. 1 LDIP ne s'applique pas à l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers.

La validité au fond de la convention d'arbitrage est régie par l'article 178 al. 2 LDIP, qui reconnaît la validité de la clause si elle est valable selon l'un de plusieurs ordres juridiques pertinents, soit le droit choisi par les parties, le droit applicable au fond et le droit suisse. Dans le cas d'espèce rentraient en considération le droit libanais et le droit suisse. Les arbitres s'étaient surtout fondés sur la pratique arbitrale internationale, illustrée par la jurisprudence française. Le Tribunal fédéral suisse a considéré que les recourants n'avaient pas valablement critiqué le raisonnement du Tribunal arbitral fondé sur le droit libanais de l'arbitrage international, interprété à la lumière de *lex mercatoria* (et de la jurisprudence française, pertinente pour l'interprétation tant du droit libanais de l'arbitrage que de la *lex mercatoria*).

Le Tribunal fédéral suisse a pu ainsi se dispenser d'analyser selon le droit suisse la validité vis-à-vis du tiers de la clause arbitrale. Dans la mesure où le Tribunal fédéral suisse trancherait cette question en droit suisse, il n'approuverait pas simplement un raisonnement, mais dirait le droit (suisse) à ce sujet, puisqu'il revoit librement les questions juridiques liées à la compétence. Le Tribunal fédéral suisse se lierait ainsi et lierait les tribunaux arbitraux siégeant en Suisse. On sent le Tribunal fédéral suisse libéral (rejetant le formalisme et prêt à suivre les conclusions des arbitres), mais prudent (plus prudent en particulier que la jurisprudence française).

L'arrêt est rédigé en français. Il est accessible sur le site du Tribunal fédéral suisse, référence de la cause 4P.115/2003.

Laurent Hirsch  
HIRSCH KOBEL  
8, rue Eynard  
1205 GENEVA  
Switzerland

25.03.2004