

# UNIVERSITE ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR



U.F.R des Sciences Economiques et Sociales

Département des Sciences Juridiques



Spécialité : Droit Privé Fondamental

MEMOIRE de MASTER

## **Thème : L'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage**

Présenté par :

**Lucien Casimir MANE**

Sous la direction du :

**Pr Patrice Samuel Aristide BADJI**

Maître de Conférences Agrégé des facultés de Droit, Enseignant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL)

Soutenu publiquement le 02 février 2018 à l'UASZ devant le Jury composé de :

**Président :** Pr Abdoul Aziz DIOUF, Agrégé des facultés de droit, enseignant à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar.

**Membres du Jury :**

Dr Abdoulaye DIALLO, enseignant-chercheur à l'Université Assane Seck de Ziguinchor

Dr Geneviève BREMOND SARR, enseignante-chercheur à l'Université Assane Seck de Ziguinchor

**Année Universitaire 2016-2017**



*« L'Université Assane Seck de Ziguinchor (UASZ) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur. »*

## *Remerciements*

- ❖ Nous tenons à adresser nos remerciements particuliers à notre Directeur de mémoire le **Professeur Patrice Samuel Aristide BADJI**, pour avoir accepté de diriger ce travail malgré toutes vos charges. Votre disponibilité, vos conseils et orientations ont été décisifs pour la réalisation de ce travail. Veuillez recevoir ici l'expression de notre profonde gratitude, de notre reconnaissance et de notre estime à votre égard.
- ❖ Nos remerciements vont également à l'endroit des membres du Jury qui ont bien voulu accepté et consacré leur temps à l'appréciation de ce modeste travail.

*Veuillez recevoir notre profonde reconnaissance.*

- ❖ Nous adressons également nos remerciements à tous nos Enseignants, tous sans exception, qui sans eux aujourd'hui nous ne serions pas à ce stade, une pensée profonde au corps Professoral du Département des Sciences Juridiques de l'Université Assane Seck de Ziguinchor.

*Nous vous serons éternellement reconnaissants.*

## ***Dédicaces***

*Nous dédions ce travail à nos parents, Bruno Gabriel MANE et Léonie BADIANE sans qui rien ne saurait être possible.*

*A notre frère Alouise et nos sœurs Christiane et Emilie, à nos oncles Augustin Casimir et Thomas Davies, à notre amour et notre solidarité. A notre famille.*

*A nos amis Marie Hélène, Bacary Sané et Augusto Gomis. A M. et Mme DASYLVA, M. et Mme COLY pour nous avoir ouvert les portes de leur maison et aux familles GOMIS et BADIANE pour leur soutien.*

*A nos camarades de promotion et à ceux-là qui ne cessent d'investir pour nos études, de nous encourager dans les moments difficiles et qui pour notre avenir ont consentis des sacrifices...*

## LISTE DES ACCRONYMES, SIGLES ET ABBREVIATIONS

*Al.* : Alinéa

*AU* : Acte Uniforme

*AU.A* : Acte Uniforme sur l'Arbitrage

*Bull. Civ.* : *Bulletin Civil*

*C.A* : Cour d'Appel

*C. civ.* : Code civil

*Cah. Arb.* : Cahier Arbitral

*Cass. Ass. Plén.* : Cour de Cassation Assemblée Plénière

*Cass. Civ.* : Chambre civile de la Cour de cassation

*Cass. Com.* : Chambre commerciale de la Cour de cassation

*CCJA* : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

*Cham. Civ* : Chambre Civile

*Cham. Com* : Chambre Commerciale

*CCI* : Chambre de Commerce Internationale

*CIRDI* : Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements

*CNUDCI* : La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

*COCC* : Code des Obligations Civiles et Commerciales

*Code Civ. Anc.* : Code Civil Ancien

*Éd.* : Édition

*EDJA* : Editions Juridiques Africaines

*Ibid* : *Ibidem* au même endroit, dans le même ouvrage

*Infra* : Ci-dessous

*In* : dans

*J.O* : Journal Officiel

*J.O OHADA* : Journal Officiel de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

*Jurisp.* : Jurisprudence

*LGDJ* : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

*NCPC* : Nouveau Code de Procédure Civile

*N°* : Numéro

*Obs.* : Observations

*OHADA* : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

*OMPI* : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

*Op. cit.* : Opere citato : dans l'ouvrage cité

*P.* : Page

*Préf.* : Préface

*RCDIP* : Revue Critique de Droit International Privé

*RD. Civ* : Répertoire de Droit Civil

*RD. Com* : Répertoire de Droit Commercial

*Rev. Arb.* : Revue Arbitrale

*RTD Civ* : Revue Trimestriel de Droit Civil

*Supra* : Ci-dessus

*Svts* : Suivants

*Th.* : Thèse

*V.* : Voir

*Vol.* : Volume

*ZPO* : Zivil Prozessord Nung

## ***Résumé***

Dans le cadre de leurs relations d'affaires, les parties à un contrat peuvent, dans certaines conditions, stipuler dans leur convention une clause tendant à soustraire leur litige de la compétence du juge étatique. Il peut s'agir soit d'un compromis soit d'une clause compromissoire. Cette clause une fois stipulée a un effet obligatoire entre les parties, elle s'impose à elles, les tiers ne peuvent se voir opposer une telle convention. Par conséquent la convention d'arbitrage leur est inopposable tant du point de vue de ses effets que du déroulement de la procédure.

Mais étant un fait social, la convention ne peut être ignorée des tiers. Ils doivent la respecter et s'abstenir de tout comportement pouvant nuire aux parties. Il ne s'agit pas de les lier à la convention mais de faire en sorte qu'ils la respectent en tant que fait social. Dès lors, la convention peut être opposable aux tiers.

Mots clés : *Arbitrage – Convention d'arbitrage – Opposabilité – Inopposabilité – Tiers – Parties – Chaînes de contrats – Ensembles contractuels – Autonomie de la volonté – Arbitrabilité*

## ***Abstract***

Within the framework of their business relationships, the parts to a contract can, in certain conditions, stipulate in their agreement a clause tending to subtract their dispute of the competence of the state judge. He can involve either a compromise or an arbitration clause. This clause stipulated time has a compulsory effect between the parts, it is imperative upon them, thirds cannot see bringing into conflict such an convention. Consequently the arbitration clause is not opposable them so much point view of its effects as the progress of the procedure.

But being a social fact, the agreement cannot be ignored by thirds. They have to respect it and abstain from any behavior which can damage the parts. It is not a question of binding them to the convention but of making so that they respect it as made social. From then on, the convention can be opposable in thirds.

Key words: *Arbitration - Arbitration clause - Opposability - Non-opposability - Thirds – Parts – Chains of contracts - contractual Sets(Groups) - Autonomy of the will -*

## SOMMAIRE

<b>TITRE 1 : LA RELATIVITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.....</b>	<b>9</b>
<b>CHAPITRE 1 : L'INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX TIERS .....</b>	<b>10</b>
<b>SECTION 1 : LA NATURE CONTRACTUELLE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE</b>	<b>11</b>
<b>SECTION 2 : L'APPLICATION A LA CONVENTION D'ARBITRAGE DES PRINCIPES EN VIGUEUR EN MATIÈRE CONTRACTUELLE .....</b>	<b>24</b>
<b>CHAPITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE L'INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE .....</b>	<b>31</b>
<b>SECTION 1 : LA RENONCIATION DES PARTIES A LA SAISINE D'UNE JURIDICTION ÉTATIQUE.....</b>	<b>31</b>
<b>SECTION 2 : L'ABSENCE DES TIERS DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE.....</b>	<b>42</b>
<b>TITRE 2 : LES EXCEPTIONS A LA RELATIVITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.....</b>	<b>48</b>
<b>CHAPITRE 1 : LA CONVENTION D'ARBITRAGE : UNE CONVENTION OPPOSABLE AUX TIERS .....</b>	<b>50</b>
<b>SECTION 1 : L'OPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION AUX TIERS PAR LES PARTIES A L'ARBITRAGE.....</b>	<b>51</b>
<b>SECTION 2 : L'INVOCABILITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE PAR LES TIERS .....</b>	<b>61</b>
<b>CHAPITRE 2 : L'EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DANS LES GROUPES DE CONTRATS .....</b>	<b>71</b>
<b>SECTION 1 : L'OPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DANS LES ENSEMBLES CONTRACTUELS .....</b>	<b>72</b>
<b>SECTION 2 : LES TEMPÉRAMEMENTS A L'OPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE .....</b>	<b>82</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>	<b>88</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>91</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>95</b>

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Res inter alios acta aliis ne que nocere ne que prodesse potest* ». Cette maxime latine reprise par les dispositions de l'article 1199 du Code civil, qui trouve son pendant en droit sénégalais à l'article 110 du COCC, pourrait bien résumer toute la quintessence de cette étude. En effet, l'article 1199 du Code civil prévoit 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...<sup>1</sup> » et l'article 110 du COCC poursuit en disposant que « le contrat ne produit d'obligations pour les tiers que dans les cas prévus par la loi... ». Ces articles interdisent à ce que les effets de la convention soient étendus aux tiers, mais également à ce que les parties ne puissent les imposer à ces derniers : c'est le principe de l'effet relatif des conventions. Le contrat ne peut faire naître de droits ou d'obligations à l'égard des tiers, ce qui paraît logique dans la mesure où l'obligation est un lien de droit qui unit les parties ayant conclu le contrat et n'a pour vocation que d'être exécuté par celles-ci. Les tiers demeurent donc en principe extérieurs à ce lien, on dit que le contrat leur est inopposable.

En effet, lorsqu'elle est conclue, la convention ne peut produire d'effets qu'à l'égard des seules parties qui de par leur volonté ont manifesté leur désir de créer un lien de droit. Elle a une valeur relative limitée aux parties, elle ne peut ni faire acquérir aux tiers des droits, ni les constituer débiteurs ou créanciers. Les effets obligatoires du contrat ne s'imposent qu'aux parties contractantes. Partant de là, il est interdit aux tiers de puiser des droits dans une convention à laquelle ils n'ont pas concouru ; et fort logiquement, les parties ne peuvent pas réclamer de ceux-ci l'exécution des obligations contractuelles. C'est dans ce même registre que s'inscrit la convention d'arbitrage.

Celle-ci peut être définie comme l'accord en vertu duquel les parties ont convenu de soumettre à l'arbitrage tous les litiges, ou certains des litiges, nés ou à naître entre elles; elle peut prendre la forme soit d'une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit d'un contrat indépendant pris ultérieurement à la conclusion du contrat principal : le compromis<sup>2</sup>. Il s'agit donc d'une clause insérée ou qui se joint au contrat principal et confère aux parties un droit d'action, droit dont la fragilité ou l'anéantissement du contrat, dont elle serait à l'origine, n'impacterait pas sur son existence. Il s'agit là du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage que nous aurons l'occasion d'étudier plus amplement dans nos développements.

---

<sup>1</sup> Il s'agit de la nouvelle formulation de l'article 1165 devenu article 1199 de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>2</sup> Règlement d'arbitrage de l'Organisation Mondiale pour la Propriété Intellectuelle.

L'Acte Uniforme OHADA sur l'Arbitrage définit la convention d'arbitrage par la forme qu'elle peut prendre. L'article 3.1 dispose que « la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport d'ordre contractuel.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par la voie de l'arbitrage ».

Mais avant que le litige ne puisse être résolu par voie d'arbitrage, il faudrait au préalable que les parties aient conclu cette convention d'arbitrage. C'est cette interprétation qu'il faut donner aux dispositions de l'article 21 du Traité OHADA. Il ne peut y avoir arbitrage à condition qu'il ait une convention d'arbitrage au préalable. Ainsi, par l'arbitrage, les parties à un litige déjà né ou à naître décident de le soumettre à un arbitre en y insérant toutes les conditions relatives à l'organisation de la procédure d'arbitrage. Cette procédure fera naître une décision appelée sentence arbitrale qui lorsqu'elle est rendue bénéficie de l'autorité de la chose jugée et doit être exécutée par les parties<sup>3</sup>.

En cela l'arbitrage se distingue des autres modes de règlement des litiges, notamment la médiation, qui est la procédure par laquelle les parties à un litige décident de soumettre celui-ci à un médiateur chargé de leur proposer une solution qu'elles seront libres d'appliquer ou pas et de la transaction, qui est définie par l'article 756 du COCC comme étant le contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation par des concessions mutuelles. C'est donc une convention comportant des concessions réciproques des parties, ayant entre elles autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques interdépendants<sup>4</sup>. Contrairement à la transaction et à la médiation, dans l'arbitrage, les parties en conflit désignent un ou plusieurs arbitres chargés de trancher leur litige. Ces arbitres tirent leur pouvoir juridictionnel de la convention d'arbitrage et sont tenus de délier le litige en rendant une sentence qui aura autorité de la chose jugée et pourra bénéficier de l'exequatur à la demande de la partie la plus diligente. L'arbitre a donc le même rôle que le juge : il prononce une sentence, c'est-à-dire qu'il décide lui-même de l'issue du litige, mais ne dispose pas de l'impérium.

---

<sup>3</sup> Soit volontairement, soit par contrainte si la partie la plus diligente obtient du juge étatique l'exequatur de la sentence.

<sup>4</sup> Cependant, il faut relever que l'arbitrage peut se délier par transaction. C'est ce qu'il faut déduire de l'article 16 alinéa 3 point e) de l'A.U. Selon cet article, la procédure arbitrale peut prendre fin en cas d'ordonnance de clôture. Le tribunal arbitral prend une ordonnance de clôture lorsque : il y a acquiescement à la demande, désistement ou transaction.

Considéré comme l'un des modes de règlement des différends, l'arbitrage<sup>5</sup> est connu en occident depuis ses origines, dans la Grèce athénienne et la Rome de Constantin. En France, dès le moyen âge, l'arbitrage est utilisé en cas de carence de la justice étatique ; lorsque les parties soumettent leurs litiges à des juridictions ecclésiastiques considérées comme juridictions arbitrales, en cas de carence de la justice séculière. Dans le code de procédure civile de 1807, un certain nombre d'articles étaient consacrés à l'arbitrage et à la convention de compromis qui permet de porter un procès déjà né devant un arbitre. En droit OHADA, l'arbitrage ne sera connu qu'à partir de 1993 avec l'adoption du Traité OHADA à Port Louis le 17 octobre 1993. Puis en 1999 avec trois textes : l'Acte uniforme sur l'arbitrage<sup>6</sup>, le Règlement de procédure de la CCJA<sup>7</sup> et le Règlement d'arbitrage de la CCJA<sup>8</sup>.

Tout cet arsenal juridique permet de répondre aux attentes du monde des affaires et au besoin d'ouverture des pays africains pour attirer les investisseurs. En effet, pendant longtemps, les opérateurs économiques et les investisseurs avaient un regard méfiant sur l'insécurité juridique et judiciaire qui prévalait en Afrique. Cette insécurité était constituée par l'hétérogénéité des règles, la lenteur de la procédure, les difficultés d'exécution des décisions judiciaires, le coût des procédures... Il fallait donc reconstruire ce droit et mettre en place des moyens juridiques et judiciaires permettant aux investisseurs d'avoir confiance et d'investir en Afrique.

C'est pour cette raison que le Législateur OHADA, après la mise sur pied en 1999 de l'Acte uniforme sur le droit de l'Arbitrage, a senti la nécessité de réviser cet Acte afin de le rendre beaucoup plus adapté aux réalités modernes et de doter ainsi les différents Etats membres d'un mécanisme de justice privé beaucoup plus efficace, permettant aux différents acteurs économiques ayant des différends entre eux ou contre des tiers, d'avoir un règlement et une exécution rapide de leur litige<sup>9</sup>. Cet acte uniforme constituera la première source de notre étude.

---

<sup>5</sup> Arbitrage vient du latin *arbitrari*, tri (témoin, arbitre) venant du verbe *arbitror*, ari (observer, juger, penser). J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26e édition, 2001, Dalloz, Quatrième partie : l'arbitrage.

<sup>6</sup> Acte uniforme adopté le 11 mars 1999, paru au *J.O OHADA* n°08 du 15 mai 1999 et révisé le 23 novembre 2017 à Conakry.

<sup>7</sup> Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) du 18 avril 1996, modifié par le règlement n°01/2014/CM/OHADA du 30 janvier 2014.

<sup>8</sup> Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et D'Arbitrage du 11 mars 1999, *J.O OHADA*, 15/05/99 p. 9, révisé le 23 novembre 2017 à Conakry.

<sup>9</sup> Aujourd'hui avec la révision de l'Acte uniforme sur l'arbitrage nous espérons que cette matière trouvera davantage écho au sein des multinationales et investisseurs chose qui nous permettra à nous États Africains de pouvoir être attractifs, bénéficier des investissements et pouvoir vendre notre droit OHADA en général et le droit de l'arbitrage en particulier.

Ceci étant il faudrait préciser que l'arbitrage obéit aux règles contractuelles et à celles relatives à la procédure civile, car à la base, même s'il y a un contrat qui génère l'arbitrage, en cas de carence dans le contrat sur les règles relatives à la procédure d'arbitrage, l'arbitre fera application des règles de droit commun en la matière. La convention d'arbitrage est donc un contrat qui est soumis aux conditions générales du droit des obligations et connaît de ce fait les principes et limites de la matière contractuelle. Parmi ceux-ci se trouve au premier plan l'opposabilité aux tiers de la convention.

Utilisée dans bon nombre d'études doctrinales, la notion d'opposabilité a fait l'objet de peu de définitions. C'est en ce sens que M. Dima El RAJAB souligne que « le législateur<sup>10</sup> en fait régulièrement usage sans avoir pris le soin de la définir ou de l'analyser. De même, si le vocable "opposabilité" se retrouve sous la plume de tous les juristes, ceux qui l'ont mis véritablement en question et qui se sont interrogés sur sa signification exacte et qui se sont attachés à étudier ses éléments caractéristiques sont assez rares. En effet, la plupart des études menées à ce sujet, n'abordent pas l'opposabilité en elle-même, mais s'y intéressent à l'occasion de l'examen d'autres notions »<sup>11</sup>. Il faudrait attendre jusqu'au XXe siècle grâce aux études menées par F. BERTRAND dans sa thèse « *l'opposabilité du contrat aux tiers* <sup>12</sup> » pour avoir une idée précise sur cette notion d'opposabilité. Cette dernière a été définie par Mme Bertrand comme étant le fondement de la responsabilité des tiers lorsque ceux-ci se sont interférés dans la convention et empêchés sa pleine exécution.

Un autre auteur du nom de José DUCLOS a également entrepris des études sur la notion et a pu relever que « l'opposabilité, en tant que concept autonome et identifié de la théorie générale du droit, peut se définir comme la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe. Il s'agit par conséquent d'une technique, dont la finalité consiste à connecter l'élément opposé au milieu juridique général »<sup>13</sup>.

Pour notre part, nous nous pencherons sur ces deux définitions pour pouvoir aborder notre étude, car si l'une s'intéresse aux conséquences de l'immixtion défectueuse des tiers dans un contrat, l'autre permet d'apprécier le périmètre dans lequel le principe d'opposabilité s'encadre, elle permet d'expliquer les effets du contrat à l'égard des tiers. L'opposabilité

---

<sup>10</sup> Le législateur français. Cependant même s'il est fait référence ici au législateur français le même constat est fait concernant le législateur sénégalais et celui de l'OHADA.

<sup>11</sup> D. El. RAJAB « L'opposabilité des droits contractuels : étude de droit comparé français et libanais », Université Panthéon-Assas, Th. en droit privé, 479 p.

<sup>12</sup> F. BERTRAND cité par El. RAJAB, *op. cit.*, note 11.

<sup>13</sup> J. DUCLOS « L'opposabilité, Essai d'une théorie générale », *L.G.D.J.*, 1984, cité par El. RAJAB, *ibid.*

serait alors, l'état d'un acte juridique ou d'un droit qui permettrait de le faire valoir à l'encontre d'une ou de plusieurs tierces personnes<sup>14</sup>. Ces tiers dont il s'agit sont ceux-là qui sont restés étrangers à la relation contractuelle, qui n'ont participé ni à la conclusion du contrat, ni à son exécution encore moins à sa résiliation : *tiers penutis extranei*<sup>15</sup>, mais qui par la force des choses se sont liés à la convention et sont devenus concernés par celle-ci.

L'étude de l'opposabilité de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers est une question complexe, car, en dehors de lier les parties et de pouvoir avoir des effets à l'égard des tiers, la convention d'arbitrage fait intervenir plusieurs disciplines : le droit des contrats, le droit de la consommation, le droit du travail, le droit des procédures collectives, le droit des sociétés, le droit maritime... bref dans toutes les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits. Cette transversalité qui en constitue un de ses traits caractéristiques, pourrait parfois créer un conflit de règles de conflit<sup>16</sup> en présence de plusieurs lois applicables ou de juridictions et fera appel à une interprétation et à l'application parfois des principes généraux du droit international privé conflictuel des contrats<sup>17</sup>.

Toutefois, il faudrait relever que l'application de ces règles de conflit ne saurait avoir lieu que si les parties n'ont pas choisi le droit applicable à leur litige et il est très rare parfois de voir que les parties n'ont pas prévu cet état de fait. Elles choisissent en effet à l'avance toutes les règles et conditions dans lesquelles la procédure d'arbitrage va se dérouler. L'arbitrage offre aux parties, en vertu de l'autonomie de la volonté, d'instaurer au cœur de leur procédure leur volonté individuelle. Dès lors, il serait intéressant de tenir en compte cette suprématie de la volonté des parties, les règles du droit international privé n'intervenant que de manière supplétive.

En outre, il sera question de voir dans cette étude, des manifestations tant théoriques que pratiques de l'opposabilité de la convention d'arbitrage, ces effets lorsqu'elle est insérée dans un contrat pour lequel elle a été stipulée tout en ayant à l'esprit que c'est l'inopposabilité qui en est le fondement. Ainsi une approche pluridisciplinaire sera privilégiée afin de tenir en compte tous les contours du principe et d'en dégager des appréciations qui sans doute permettront de mieux comprendre l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage. La

---

<sup>14</sup> Édouard Umberto Goût et Frédéric-Jérôme Pansier, *Petit lexique juridique*, Collection Paradigme, Larcier, 1<sup>re</sup> Éd. 2015.

<sup>15</sup> Ou tiers absolus

<sup>16</sup> P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Éd. BRUYLANT, Collection droit uniforme africain, 19 janvier 2002, P. 205.

<sup>17</sup> Parmi ces principes généraux, nous avons le lieu de la conclusion du contrat ou le lieu de l'exécution du contrat. V. P. MEYER, *ibid.*

convention d'arbitrage a donc la particularité d'être pluridisciplinaire et tend à étendre son domaine à d'autres disciplines.

Il s'agira certes d'étudier la question de l'opposabilité de la convention, cependant c'est la convention d'arbitrage qui constituera le socle de notre analyse, même si par moment on n'aura besoin de faire une interprétation a contrario en faisant appel au droit des contrats. La convention d'arbitrage est gouvernée également par les principes du droit des contrats, cependant elle dispose de règles qui lui sont propres. Ainsi on s'attachera à démontrer les traits spécifiques de l'opposabilité de la convention d'arbitrage et ses manifestations à l'égard des parties, mais aussi à l'égard des tiers.

De ce fait, la question à laquelle nous sommes invités à répondre est celle de savoir si la convention d'arbitrage est opposable aux tiers. Dit autrement est-ce que la convention d'arbitrage, censée résoudre un différend né entre les parties, est opposable aux tiers ?

Mener une réflexion en ce sens relève d'une certaine acuité. En effet, la doctrine tout comme la jurisprudence s'oppose sur la question. D'une part, elles retiennent que le tiers peut être lié à la convention d'arbitrage : si du fait de son immixtion dans l'exécution du contrat ou du fait qu'il soit cessionnaire d'un contrat dans lequel une clause compromissoire était incluse ou encore faisait partie d'une relation combinant plusieurs contrats interdépendants entre eux<sup>18</sup>, il peut se voir opposer la convention d'arbitrage. Dans la pratique, on constate qu'au nom de l'efficacité de la convention d'arbitrage, les arbitres ont tendance à l'étendre et à la rendre obligatoire au-delà du cercle des parties, par les mécanismes de la cession, de la stipulation, dans les groupes de contrats (ensembles contractuels et chaînes de contrats)... La convention d'arbitrage sera dans ces différents cas énumérés opposables au tiers et pourra ainsi être appelé à la procédure d'arbitrage. La théorie de l'accessoire et de l'entité économique peuvent conduire les arbitres a amené au processus arbitral le tiers qui par son comportement a faussé le jeu de la convention<sup>19</sup>.

D'autre part, elles considèrent qu'en plus d'être un potentiel obstacle à la sécurité juridique, l'opposabilité d'une clause de règlement des litiges à une partie qui n'est pas signataire du contrat dans lequel elle est insérée ou, à l'inverse, la possibilité pour celle-ci d'en bénéficier

---

<sup>18</sup> Il s'agit de l'hypothèse des chaînes de contrats. Nous pouvons aussi ajouter l'exemple des contrats soumis à publicité. Dans ces genres de cas le contrat demeure opposable aux tiers parce qu'ils auront connaissance de l'existence du contrat et que les parties peuvent leur adjoindre de respecter les droits et les effets créés par le contrat.

<sup>19</sup> V. Cass. Com, 25 nov. 2008, n° 07-21.888, FS P+B+R, Sté Les Pains du Sud et a. c/ Sté Spa Tagliavini et autres JurisData n° 2008-045995.

pose problème au regard du principe de l'effet relatif des contrats, particulièrement dans le cas des ensembles contractuels qui associent différents contrats n'opérant pas transferts de propriété successifs de tout ou partie d'une même chose. Dans un tel cas de figure alors, la convention d'arbitrage ne devrait pas être opposée aux tiers<sup>20</sup>.

Depuis l'adoption de l'AU.A en 1999 et bien avant son adoption, l'arbitrage a fait l'objet de plusieurs études menées par des experts et enseignants de renom et continue aujourd'hui à marquer le milieu des affaires<sup>21</sup>. Il ne se forme pas aujourd'hui un contrat d'affaire sans pour autant que les parties n'aient prévu l'arbitrage comme mode de résolution de leur différend car il est un mécanisme judiciaire adapté aux économies modernes, la justice étatique étant considéré comme un frein au développement des affaires.

L'intérêt suscité par cette matière est donc grand. Cependant, il est étonnant de constater que cette matière qui compte pas mal d'écrits ne fait cependant pas échos dans les amphithéâtres ou facultés. En effet, peu sont les facultés de droit qui incorporent dans leur maquette cette discipline. Il est vu en quelques lignes ou abordé dans le cours de droit commercial général, ce qui fait alors que peu d'étudiants s'intéressent à cette matière qui pourtant enrichie le monde des affaires et se trouve à l'édifice du développement du droit économique. En effet, se trouvant dans un monde où la rapidité des transactions est devenue la règle maitresse, la sécurité et la fluidité des transactions, un mot d'ordre international, l'on a besoin d'un outil juridique et judiciaire capable de répondre favorablement à ces exigences, mais aussi et surtout capable de concurrencer les autres systèmes juridiques.

Une réflexion sur l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage est enrichissante car elle permettra de voir le degré d'applicabilité des dispositions relatives à la matière dans les Etats parties, de les confronter ou d'en faire une étude comparative avec les autres systèmes juridiques afin d'apprécier les différences existantes et de proposer des solutions dans l'optique d'une éventuelle réforme du système et des dispositions du droit OHADA sur

---

<sup>20</sup> C. DERACHE, « La transmission des clauses de règlement des litiges dans les groupes de contrats », *la Semaine juridique entreprise et Affaires* n° 3, 19 janvier 2012, 1048. V. Cass. Com, 16 juill. 1992; Bull. civ. 1992, IV, n° 232, Rev arb. 1993, p. 611, note Ph. DELEBECQUE, V. également C. A Paris, 8 déc. 1988 : Rev. arb. 1990, p. 150, note C. JARROSSON.

<sup>21</sup> Nous pouvons citer : FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN « Traité de l'arbitrage commercial international », Litec, 1996, p 415, cité par E. GAILLARD « l'effet négatif de la compétence-compétence ». V. également les Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement sur L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique et les travaux aussi de Roland. Amoussou GUENOU sur « L'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA », Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 17 et s.

P. MEYER, Droit de l'arbitrage, Coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 265.

Au Sénégal nous pouvons évoquer les dispositions des articles 795 à 820 du Code de Procédure Civile du 30 juillet 1964.

l'arbitrage. Ces solutions nous le souhaitons permettront d'inciter les acteurs économiques à faire de l'arbitrage et des Actes uniformes OHADA un outil juridique et judiciaire de règlement de leur contentieux, le tout dans un élan d'intégration économique et judiciaire.

Il sera question en outre, de susciter la réflexion sur l'intérêt que recouvre le principe d'opposabilité dans la convention d'arbitrage. En effet, si le Pr Meyer relève que « l'opposabilité des contrats joue un rôle particulièrement important lorsqu'il s'agit de retenir la responsabilité d'un tiers qui s'est rendu complice de la violation par une partie à un contrat de ses obligations contractuelles » et que « le concept d'opposabilité ne présente guère d'intérêt pour la convention d'arbitrage », nous pensons que, s'il est vrai que l'opposabilité permet d'engager la responsabilité des tiers, elle ne saurait se limiter qu'à ce seul objectif. Elle permet de lier à une procédure arbitrale un tiers qui aurait participé à la négociation, à la conclusion et à l'exécution du contrat. De même par l'opposabilité, les parties pourraient faire intervenir les tiers devant le tribunal arbitral par différents mécanismes que nous aurons à voir dans le cadre de nos développements.

Loin de faire un cours sur le droit de l'arbitrage ou du droit de l'opposabilité de la convention d'arbitrage, il sera plutôt question de voir l'importance de cette opposabilité pour les parties, mais aussi la place première qu'elle occupe dans l'arbitrage. Les principes d'opposabilité et d'inopposabilité de la convention se manifestant beaucoup plus lors de l'exécution du contrat, l'accent sera beaucoup plus mis sur cette période. Il s'agira de voir à l'intérieur d'une convention particulière des points d'opposabilité après en avoir décelé et présenter son principe.

C'est pour cette raison que dans le cadre de cette étude nous verrons d'abord dans un premier temps la relativité de la convention d'arbitrage (**TITRE 1**), ensuite dans un second temps, nous verrons les exceptions à la relativité de la convention d'arbitrage (**TITRE 2**).

## TITRE 1 : LA RELATIVITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Dans le cadre du processus d'harmonisation des règles régissant le droit des affaires, le législateur OHADA a voulu remédier au manque de sécurité judiciaire dans l'espace OHADA en adoptant divers textes nécessaires à l'atteinte de ce résultat. Ainsi, « il a intégré dans ses actions une donnée fondamentale de la justice contemporaine au plan universel : le développement d'une autre justice par rapport à la justice étatique. Parmi les formes que "cette autre justice" peut prendre, la justice privée rendue par des arbitres occupe une place de choix<sup>22</sup> ». Cette justice par le contrat ne saurait être efficace que si au préalable il existait une convention d'arbitrage.

La convention d'arbitrage est cet acte qui fonde l'arbitrage. Elle crée entre les parties, comme tout contrat accord de volonté, un lien irrévocable. Les effets de la convention demeurent limités qu'à l'égard des parties. Ainsi aux termes des dispositions de l'article 1199<sup>23</sup> du Code Civil « 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... ». Cela veut dire d'une part que les tiers ne peuvent se voir imposer le contrat. Ce dernier ne s'applique qu'aux seules parties qui se sont engagées volontairement et qui, par le fait de leur volonté, devient une loi qui doit être respectée et exécutée de la même façon qu'une loi a une force législative.

D'autre part, les parties à la relation contractuelle ne peuvent pas imposer aux tiers le contrat — « ... ni se voir contraint » —, ils ne doivent l'exécuter ni en demander l'exécution. Il en découle que le contrat leur est inopposable. La convention d'arbitrage incluse dans un contrat principal ou dans un acte séparé produit les mêmes effets à l'égard des parties : force obligatoire, mais aussi à l'égard des tiers : effet relatif du contrat comme nous aurons à le voir plus amplement dans les développements qui vont suivre. La convention d'arbitrage a alors une valeur relative limitée aux parties, elle ne peut ni faire acquérir aux tiers des droits ni les constituer débiteurs.

---

<sup>22</sup> P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, P.2, *op. cit.*, note 15.

<sup>23</sup> Le Code civil français a connu un profond réaménagement plus précisément dans sa première partie relative aux contrats et aux modes de preuve. En effet, après de longs travaux menés d'abord par le Projet Catala puis celui de la Chancellerie, on a abouti à la mise en place d'une Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui a marqué l'aboutissement des travaux. Cette Ordonnance en son article 1199 vient remplacer les dispositions l'article 1165 du Code Civil. Source <https://www.legifrance.gouv.fr> consultée le 04/07/2017.

Face à une procédure d'arbitrage les tiers ne peuvent être cités, ni comparaître devant une juridiction arbitrale. De même, il ne peut être ouvert contre eux une procédure d'intervention forcée. C'est la traduction fidèle de l'article 1199 cité plus haut, ils ne peuvent « se voir contraints ». La convention d'arbitrage est limitée donc aux parties.

Le droit de l'arbitrage utilise plusieurs règles et concepts. Certains lui sont propres, d'autres sont empruntés au droit des contrats et au droit processuel. Pour percer cette relativité de la convention d'arbitrage, à chaque fois que de besoin, il sera opportun de faire une analyse rétrospective sur ces règles et concepts régissant le droit des contrats de manière générale avant de les projeter de manière nuancée et fine sur la convention d'arbitrage en vue d'en apprécier les manifestations.

Ainsi avant d'étudier les conséquences ou les effets de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage (**Chapitre 2**) nous procéderons d'abord à l'analyse de son inopposabilité aux tiers (**Chapitre 1**).

## **CHAPITRE 1 : L'INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX TIERS**

La convention d'arbitrage est inopposable aux tiers en ce sens que seules ce qu'ont convenu les parties les engagent, leur engagement ne saurait être source de préjudice ou de contrainte à l'égard des tiers.

L'inopposabilité aux tiers de la convention a deux penchants : elle signifie d'abord que lesdits tiers ne sont pas concernés par le lien contractuel unissant les parties. Le contrat ne pouvant leur profiter ou leur nuire. Dire qu'une convention ou un contrat est inopposable à un tiers, c'est dire que ce tiers n'est pas concerné par le contrat et qu'il ne peut s'en prévaloir.

Cette inopposabilité s'étend même jusqu'au dénouement de l'arbitrage c'est-à-dire lorsque la sentence a été rendue. Aux termes des dispositions de l'article 814 du Code de Procédure civile<sup>24</sup> « les jugements arbitraux ne peuvent en aucun cas être opposés à des tiers ». La sentence arbitrale en elle-même est inopposable aux tiers.

---

<sup>24</sup> Code de Procédure Civile du Sénégal et des Voies d'Exécution annoté EDJA 4e éd. Commenté par Doudou Ndoye. Le Traité OHADA laissant subsister les dispositions nationales non contraires (article 10 dudit Traité)

Ensuite, le second penchant de l'inopposabilité de la convention aux tiers tient au caractère de la force obligatoire de celle-ci tirée de la relation contractuelle. En effet, comme dit plus haut, l'arbitrage prend sa source dans un autre contrat : c'est la convention d'arbitrage qui va fonder l'arbitrage ; à défaut, il ne peut y avoir d'arbitrage. Et en tant que contrat, la convention d'arbitrage obéit aux règles générales qui gouvernent le droit des contrats, notamment celle de la force obligatoire tirée de l'article 96 du Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC) ou 1103 du Code civil aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi »<sup>25</sup>. C'est l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage.

Mais cette force obligatoire ne saurait être la seule manifestation de l'inopposabilité de la convention à l'égard des tiers, l'effet relatif y joue également son rôle. D'où l'idée que l'on retrouve dans la convention d'arbitrage les principes en vigueur en matière contractuelle (**section 2**).

L'application de ces principes ne saurait prévaloir que si la convention d'arbitrage ne regorgeait pas un caractère contractuel (**section 1**).

## **SECTION 1 : LA NATURE CONTRACTUELLE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE**

La convention d'arbitrage découle de la volonté des parties. Pour s'en convaincre, il suffit d'interpréter les dispositions de l'article 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage (A.U.A) qui dispose que « toute personne... peut recourir à l'arbitrage ». Et l'article 819-35 du CPC ajoute que « la 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... »

Cette définition montre clairement que la convention d'arbitrage découle d'une manifestation de volonté des parties. En effet, la nature contractuelle de l'arbitrage tient en ce que les parties

---

cet article 819-35 ne fait pas partie du lot des dispositions contraires, car l'A.U.A n'ayant pas défini la convention d'arbitrage.

<sup>25</sup> Ici c'est l'article 1103 qui a été choisi, car ayant été beaucoup plus clair et nous permettant de consolider nos arguments. Cet article a remplacé l'article 1134 de l'ancienne version du C. Civil.

doivent, pour faire trancher leur différend par des arbitres, exprimer à cet effet leur consentement dans une convention d'arbitrage ou contrat arbitral.

Cette volonté qui doit être intrinsèque aux parties n'en demeure pas moins soumise à un certain nombre de conditions. En effet, comme toute convention, celle d'arbitrage doit respecter les conditions de formation du contrat (PARAGRAPHE 1). Le non-respect de ces conditions entraîne des conséquences sur la validité de la convention d'arbitrage qu'il conviendra d'étudier (PARAGRAPHE 2).

## **PARAGRAPHE 1 : Le respect des conditions de formation du contrat**

L'article 40 al. 2 du COCC dispose que « les règles du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont applicables, sauf dispositions contraires, à tous les contrats, conventions et actes juridiques ». La convention d'arbitrage étant incluse dans la catégorie des contrats qui sont soumis à cette disposition, elle devrait obéir à un certain nombre de conditions qu'il faudrait tenir en compte dans le cadre de sa formation. Le respect des conditions de formation s'appréciera tant du point de vue des conditions communes à tous les contrats (A) que des conditions spécifiques à la convention d'arbitrage (B).

### **A- Les conditions communes à tous les contrats**

Dans un contrat, les parties sont tenues de respecter un certain nombre de conditions pour la formation de leur contrat. Ainsi, il leur est soumis de consentir au contrat, de donner l'objet et la cause du contrat et enfin d'avoir la pleine capacité de conclure<sup>26</sup>.

La formation de l'arbitrage n'échappe pas à ces conditions de formation étant donné que l'arbitrage, nous dit l'article 2 de l'AU.A, se forme à travers une convention conclue par les parties, qu'elles soient physiques ou morales. La convention d'arbitrage relève de la volonté des parties et celles-ci ayant souscrit à un contrat initial sont présumées avoir la capacité de conclure la convention d'arbitrage. De ce fait pour mieux apprécier ces conditions il convient de s'intéresser d'abord au consentement à la convention d'arbitrage (1) avant de voir ensuite l'objet de la convention d'arbitrage (2).

---

<sup>26</sup> Ces conditions se retrouvent à travers les dispositions de l'article 47 du COCC.

## 1- Le consentement à la convention d'arbitrage

De toutes les conditions de formation, le consentement semble occuper une place prépondérante dans la mesure où elle innervent toute la vie du contrat, de sa formation à son extinction<sup>27</sup>. Le consentement des parties peut relever le caractère même confidentiel de l'arbitrage, car « seule l'existence de stipulations contractuelles spécifiques serait de nature à exclure le secret enveloppant les débats et la sentence rendue. Les volontés modèlent l'instance arbitrale »<sup>28</sup>. Platon, 400 ans **av. J.-C.**, écrivait déjà à ce sujet que « regardons donc comme le tribunal le plus compétent est celui que les parties se seront données à elles-mêmes, en choisissant d'un commun accord leurs juges »<sup>29</sup>.

Fondamentalement, le consentement à l'arbitrage repose sur la volonté des parties. Ce fondement ne peut plus servir s'il y a absence totale de volonté. C'est en cela que l'inexistence du consentement peut constituer une limite à l'autonomie de la convention d'arbitrage, car c'est l'autonomie de la convention d'arbitrage qui fonde sa validité de principe. Ainsi en cas d'absence d'accord des ou de l'une des parties, il reviendra à la jurisprudence de se prononcer sur ce point. La Cour d'Appel de l'Ouest a eu l'occasion d'y statuer. En effet, dans une affaire opposant la Société British American Tobacco (B.AT) c/ Ritz Palace Nighth Club, la C.A avait retenu que « la validité de la convention d'arbitrage suppose réunies plusieurs conditions parmi lesquels le consentement des parties. A défaut, cette convention est nulle et non avenue et toute sentence arbitrale rendue sur la base de cette convention encourt la nullité »<sup>30</sup>. Le consentement doit être exempt de vices et doit être distingué du consentement au contrat principal. L'intégrité des consentements doit être appréciée de manière autonome<sup>31</sup>.

Le consentement à l'arbitrage est en principe express. La jurisprudence admet toutefois qu'il puisse être tacite. Il en est ainsi lorsqu'une personne a participé à l'exécution du contrat

---

<sup>27</sup> Cet argument peut se consolider à travers les dispositions des articles 2 al.1 qui parlent de la possibilité donnée aux parties d'opter pour l'arbitrage ; 4 al.3 qui parle toujours de cette possibilité pour les parties de résoudre leur litige par arbitrage en concluant une convention même lorsque le litige a été soumis au juge étatique ; 5 al.1 qui parle de la composition du tribunal par les parties d'après leur commune volonté ; 12 al.1 fixation du délai d'arbitrage par les parties ; 14 al.1 la détermination de la loi applicable à la procédure par les parties ; 21 du traité OHADA qui dispose qu'« en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat,... peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre »... La liste est longue, mais nous nous limiterons là juste pour montrer le caractère dominant du consentement qui n'est que la manifestation de l'autonomie de la volonté des parties.

<sup>28</sup> L. F. PIGNARRE « Convention d'arbitrage », RD. Civ, décembre 2013, actualisation février 2017.

<sup>29</sup> PLATON, *Les Lois*, livre VI, 400 ans avant Jésus Christ, p.130.

<sup>30</sup> C.A de l'Ouest Douala (Cameroun) Société British American Tobacco (B.AT) c/ Ritz Palace Nighth Club arrêt N° 21/CIV du 12 mars 2008. Source [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-08-133.

<sup>31</sup> L. F. PIGNARRE *op. cit*, note 26.

et que les circonstances permettent de présumer qu'elle connaissait l'existence de la clause<sup>32</sup>. Selon l'option choisie par les parties, le consentement à la convention d'arbitrage peut s'exprimer avant ou après la naissance du contentieux. Lorsqu'il est formulé avant on est dans le cadre de la clause compromissoire et lorsqu'il intervient à l'occasion d'un contentieux, il s'agit d'un compromis.

L'article 14 alinéa 1 de l'A.U révisé confère aux parties la possibilité « directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, de régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix ». On voit ainsi la place accordée au consentement des parties dans l'arbitrage, celui-ci dicte la convention et régit la procédure arbitrale de son déclenchement jusqu'à son extinction. À côté du consentement à l'arbitrage, il mérite d'en apprécier son objet.

## 2- L'objet de la convention d'arbitrage

La question de l'objet met en exergue la recherche du Quoi ? Quel est l'objet de la convention d'arbitrage ? Car tout litige n'est pas susceptible d'arbitrage. Il faut que l'objet de l'arbitrage respecte les critères d'arbitrabilité<sup>33</sup>. L'AU.A précise ce point en énonçant en son article 2 qu'on ne peut recourir à l'arbitrage que sur les droits dont on a la libre disposition. Avoir la libre disposition de ses droits c'est pouvoir en jouir pleinement, les aliéner, exercer toute puissance sur ses biens, avoir la pleine maîtrise. Cela veut dire que pour qu'il y ait arbitrage il faut que la personne qui fait prévaloir cette convention l'ait conclu sur des droits dont elle a la totale maîtrise. A contrario, on ne peut pas compromettre sur des droits dont on n'a pas la libre disposition (article 2 AUA).

C'est à juste titre qu'on a estimé que ne faisant pas partie des droits dont on n'a pas la libre disposition : les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, à la famille, à la souveraineté d'un État...<sup>34</sup>. L'article 796 du CPC énumère également les domaines dans lesquels tout arbitrage est exclu. Il s'agit entre autres : des dons et legs d'aliments, logement et vêtements, les séparations d'entre mari et femme, les divorces, questions d'état de la personne et de manière générale toutes les contestations qui seraient sujettes à communication

---

<sup>32</sup> Ch. Com. 17 juin 1997, n° 95-11567.

<sup>33</sup> Sont arbitrables les litiges portant sur le droit du travail, le droit des procédures collectives, le droit commercial, le droit des sociétés, le droit des obligations, le droit des assurances, le droit de la propriété intellectuelle... bref tous les litiges sauf ceux intéressant l'ordre public, l'état et la capacité des personnes, la famille. S'agissant du droit du travail V. *infra* Titre 2.

<sup>34</sup> M. DIOUF, « l'arbitrage au Sénégal : perspectives africaines et internationales », source <http://ordredesavocats.sn>, consulté dernièrement le 24/10/2017 à 10 h 45.

au ministère public arrêtées à l'article 57 du CPC, notamment les causes qui concernent l'ordre public, l'État, les Établissements publics, communes<sup>35</sup>, les incidents sur la compétence, les causes intéressant les majeurs incapables...<sup>36</sup>.

Toutefois, l'arbitrage redevient possible sur les aspects patrimoniaux (même si ces aspects sont relatifs à un ordre personnel). Il en est ainsi en matière de divorce de la fixation de la pension alimentaire par un arbitre, de la compétence de l'arbitre pour connaître des contestations de l'évaluation des créances en matière de procédures collectives... .

La question de l'arbitrabilité du litige touche également celle des personnes pouvant consentir à la convention. En effet, s'agissant des règles relatives aux personnes pouvant souscrire à une convention d'arbitrage l'article 2 al. 1 de l'AU.A délimite de manière explicite la compétence *rationae personae* de la convention d'arbitrage. En vertu de ce texte, « toute personne physique ou morale peut souscrire une convention d'arbitrage... » La distinction n'est pas faite ici en ce qui concerne les personnes morales de droit privé et les personnes morales de droit public, la seule formule employée par l'al. 1 c'est « toute personne physique ou morale » que vous soyez donc personne morale privée ou publique vous pouvez conclure une convention d'arbitrage. D'ailleurs l'État et ses démembrements peuvent conclure une convention d'arbitrage étant donné qu'il peut arriver, et ça arrive, que l'État conclut des contrats commerciaux avec des privés. Il peut dans le cadre de ces contrats conclure une convention tendant à soumettre le litige qui pourrait naître en arbitrage<sup>37</sup>.

Il y a lieu de souligner que l'article 2 de l'AU apporte une certaine nouveauté au sein des États parties à l'OHADA, car auparavant l'État n'avait pas la capacité de compromettre en droit interne. Si la possibilité s'ouvrait à lui de pouvoir compromettre en droit international<sup>38</sup>, cette possibilité ne pouvait être accordée en droit interne<sup>39</sup>.

Mais il faudrait relever que l'al. 2 de l'article 2 de l'AU pose une exception pour l'État et les Collectivités qui voudraient souscrire à l'arbitrage. La conclusion de la convention est tout à

---

<sup>35</sup> Soulignons que sur ce point l'AU.A permet désormais à l'État ainsi qu'à ses démembrements de régler leur différend par voie d'arbitrage. Voilà donc un moyen nous permettant de suggérer à la révision du CPC qu'il soit procédé à la modification de cet article 796 pour qu'il soit en phase avec les dispositions communautaires.

<sup>36</sup> cf. art 57 CPC Sénégal. Ne sont pas arbitrables également les litiges qui font l'objet d'une attribution impérative de compétence au profit d'une autre juridiction. Ainsi sont non arbitrables les litiges portant notamment sur le droit pénal, l'ouverture des procédures collectives ou encore la validité des brevets.

<sup>37</sup> Les personnes morales de droit public peuvent être attirées devant une juridiction arbitrale que lorsqu'elles agissent comme producteur ou distributeurs. V. M. DIOUF, *ibid.*

<sup>38</sup> C. Cass. arrêt Galakis du 2 mai 1966 (publié notamment au J.C.P, 1966, II, 14798, note Ligneau).

<sup>39</sup> Gaston K. DOUJANI et C. IMHOOS « L'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du Traité OHADA » in Revue Camerounais de l'arbitrage n° 5, Avril-Mai-Juin 1999, p. 3.

fait possible à condition que lorsqu'elle est conclue qu'il y ait impossibilité d'« invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage »<sup>40</sup>.

Pour ce qui est de la cause de la convention, l'AU n'en fait pas état. Cependant, malgré ces quelques insuffisances, nous pouvons dire que la cause, le pourquoi de la convention, se résumerait à la résolution du litige intervenu entre les parties par la voie de l'arbitrage. En tout état de cause, la convention d'arbitrage, en tant que contrat, est soumise aux conditions générales de formation des contrats en plus de celles qui lui sont propres.

## **B- Les conditions propres à la convention d'arbitrage**

En sus des conditions propres à la validité de tout contrat, la convention d'arbitrage obéit à des règles spécifiques de forme qui tiennent aussi bien de l'existence d'un contrat principal préalable (1) et de l'exigence d'un écrit (2).

### 1- L'existence d'un contrat principal préalable

Pour qu'il y ait une convention d'arbitrage, il faudrait qu'au préalable que les parties soient unies par un contrat principal en vertu duquel la conclusion de la convention d'arbitrage émanerait. Si la source de l'arbitrage est la convention d'arbitrage, celle de la convention d'arbitrage est le contrat principal. L'arbitrage n'a pas de raison d'être en l'absence d'un acte principal qui fonde la relation contractuelle susceptible de cristalliser le contentieux<sup>41</sup>. La convention ayant pour objet la résolution du contentieux survenu à l'occasion de l'exécution du contrat principal. La C.A de Paris a eu à décider dans un arrêt en date du 4 déc. 2012 qu'« était inexistante la convention d'arbitrage contenue dans un contrat dont l'existence n'est pas elle-même prouvée ».

La convention d'arbitrage et le contrat principal entretiennent ainsi des liens intrinsèques, l'inexécution du contrat principal dépend de la réalisation de la convention. Au fait, lorsque tout est rose entre les parties et qu'il n'y ait pas des difficultés d'exécution du contrat, la convention d'arbitrage restera sans effet. Par contre lorsqu'il y a un différend né de l'exécution du contrat pour lequel les parties ont conclu une convention d'arbitrage, celle-ci

---

<sup>40</sup> Article 2 alinéa 2 AU.A. Sur la possibilité donnée à l'État de compromettre voir également (Abidjan n° 1435, 27 mars 2001, Tribunal de 1re Instance de Cotonou, 025/1ère cham Com. 2 septembre 2002, la personne en cause dans les deux cas est l'ASECNA).

<sup>41</sup> L. F. PIGNARRE *op. cit.*, note 26.

prendra effet en ce moment. La convention n'a donc pas de raison d'être en l'absence du contrat principal<sup>42</sup>.

Le Traité OHADA et le Règlement d'Arbitrage CCJA respectivement en leurs articles 21 et 2.1 révèlent d'une part, qu'« en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis, toute partie à un contrat... peut soumettre un différend d'ordre contractuel... » et d'autre part, que « la mission de la Cour est de procurer une solution arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel...lui est soumis par toute partie à un contrat... ». À la lecture de ces dispositions, on peut dire que la convention d'arbitrage ne peut être stipulée que dans les cas d'une relation contractuelle entre les parties, relation contractuelle qui peut revêtir une nature civile<sup>43</sup> ou commerciale. On peut là, constater une distinction du Droit OHADA de l'arbitrage d'avec le C. Civ. Ce dernier en son article 2061 pose comme critère d'arbitrabilité du litige, une convention conclue en raison d'une activité professionnelle. Le critère ici est celui de la destination du contrat principal. Ce dernier doit, pour que la clause soit valable, intervenir dans le cadre et pour les besoins de l'activité professionnelle<sup>44</sup>.

Quoi qu'il en soit, les deux systèmes ont en commun le fait qu'il exige un contrat à la base unissant les parties pour qu'il ait un arbitrage. La base donc de la convention d'arbitrage est l'existence d'un lien contractuel initial entre les parties. Au-delà du contrat principal, la convention d'arbitrage nécessite un écrit le constatant.

## 2- L'exigence de l'écrit

Le Code de procédure civile français en son article 1443 dispose qu'« à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite ». Cette même solution a été retenue par le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 en son article 2 qui modernise le droit français de l'arbitrage. Cette

---

<sup>42</sup> La Chambre commerciale de la Cour de cassation française a d'ailleurs eu à se prononcer à ce sujet dans un arrêt rendu le 11 juillet 2006. Dans cet arrêt, il était demandé aux juges de la haute juridiction de se prononcer sur le sort qui allait être réservé à une clause compromissoire figurant dans les documents contractuels et non reproduite dans le contrat définitif. La Chambre commerciale a clairement rejeté l'application de la clause compromissoire litigieuse aux motifs que celle-ci ne figure pas dans le contrat définitif. C. Cass. Cham. Com. Arrêt du 11 juillet 2006.

<sup>43</sup> En droit OHADA il n'est plus fait la distinction entre personnes physiques commerçantes ou civiles. La convention est valable même si elle est conclue par des non-commerçants. (C.A Abidjan, n° 1032, 30-7-2002 : SCI Les Tisserins c/ Dame COSTE épouse DIOMANDE Danielle, source [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-03-28).

<sup>44</sup> Cette condition est indépendante de la qualité des parties et multilatérale (Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 février 2012), l'activité professionnelle peut être une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. (Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 nov. 2005, n° 04-12,655). Ce qui importe c'est que l'activité présente un caractère habituel et un but lucratif. F. PIGNARRE *op. cit.*, note 26.

disposition au-delà d'être explicite quant à l'exigence de l'écrit nous renseigne sur la sanction encourue lorsque cette condition n'est pas remplie. Le législateur français a fait le choix du formalisme en lieu et place du consensualisme. Ce choix se justifie par le fait que la convention d'arbitrage est un acte de disposition qui nécessite une mûre réflexion. Le formalisme permet de protéger l'intégrité du consentement des parties. Au-delà de protéger le consentement des parties, le formalisme permet d'administrer la preuve de l'existence de la convention, il réduit considérablement les difficultés de preuve.

Cette exigence de l'écrit se justifie par le souci de rendre efficace la convention. En effet, ce n'est que par le biais de la constatation de l'existence de la convention d'arbitrage que l'arbitrage du litige peut se faire. S'il n'y a pas d'écrit ou « tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve » l'arbitrage ne peut être déclenché. La validité d'une convention d'arbitrage dépend donc avant tout de la preuve de son existence et la preuve du consentement des parties s'y rattachant. La nécessité de l'écrit est donc un moyen de s'assurer du consentement des parties. L'écrit permettrait également, comme le souligne le Pr. Pignarre, en cas de circulation de la convention d'arbitrage, d'informer le cessionnaire de l'existence de la convention<sup>45</sup>.

L'écrit, comme condition à l'arbitrage, se retrouve également à travers les textes internationaux notamment la Convention de New York de 1958. Ce texte en son article II dispose que « 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. On entend par “convention écrite” une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signé par les parties ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes... » On peut constater que ce texte considère l'écrit comme une condition de validité de la convention d'arbitrage<sup>46</sup>.

En droit OHADA de l'arbitrage, la formulation de l'article 3.1 alinéa 4 nous pousse à penser que si le législateur précise que la convention doit être faite par écrit, il n'en demeure pas moins qu'il n'apporte pas de précisions sur la sanction encourue en cas d'inobservation de

---

<sup>45</sup> Plus particulièrement dans les chaînes ou groupes de contrat voir *infra*, chap.1 Titre 2.

<sup>46</sup> D'autres textes tels que la Convention de Washington de 1965, la Convention interaméricaine sur l'arbitrage, le Règlement de la CNUDC/ et la Loi type de la CNUDC, exigent formellement l'écrit. Ainsi, selon ces textes, une convention d'arbitrage doit être écrite pour être exécutoire. De même pour ce qui concerne l'arbitrage institutionnel de la CCJA, le règlement d'arbitrage oblige le demandeur à l'arbitrage à produire la convention d'arbitrage intervenue entre les parties. (Article 5, § 2 R.A).

cette règle. Ceci pourrait se justifier peut-être par le fait qu'en droit de l'arbitrage OHADA il n'est pas fait la distinction entre arbitrage interne et arbitrage international. Ce qui pousse certains auteurs à admettre que l'écrit n'est pas une condition ad validitatem mais ad probationem<sup>47</sup>. C'est le principe du consensualisme qui fonde l'arbitrage. Dans ce système la convention d'arbitrage n'a pas besoin d'être matérialisée pour être valable, elle peut être écrite ou orale, expresse ou tacite, directe ou par référence<sup>48</sup>.

Si cette faveur à la validité de la convention d'arbitrage se concilie avec la règle *locus regit actum*<sup>49</sup> dans le droit international privé, il n'en demeure pas moins que des difficultés puissent surgir à l'occasion de l'exécution de la convention d'arbitrage. En effet, il n'y a que l'écrit qui permet de faire la preuve d'un acte juridique, le choix du formalisme probatoire, pour justifier la validité formelle de la convention d'arbitrage par le droit OHADA, peut paraître périlleux.

Comment pourrait-on avoir sur la base d'une convention d'arbitrage non écrite la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale ? De plus, l'article 31 al 2 de l'AU.A exige la production de l'original de la convention d'arbitrage pour la reconnaissance et l'obtention de l'exéquatur. Est-ce que sur la base d'une convention d'arbitrage orale on peut avoir la reconnaissance d'une sentence arbitrale ? Comment peut-on se pourvoir à l'arbitrage alors qu'il n'a pas de convention à la base ? Comment un tribunal arbitral peut-il statuer sur sa propre compétence ou sur l'existence ou pas de la convention d'arbitrage<sup>50</sup> alors que celle-ci n'existe pas ? Nous pensons que sur ce point il faudrait admettre en droit OHADA de l'arbitrage l'écrit comme condition ad validitatem et ad probationem de la convention d'arbitrage<sup>51</sup>. La preuve se faisant par la constatation de l'écrit.

---

<sup>47</sup> A. BA « Droit de l'arbitrage OHADA », SESSION DE FORMATION DES FORMATEURS AUXILIAIRES DE JUSTICE MODULE 1 du 09 au 21 juillet 2001 (il y a des zones d'ombres sur la validité de la convention, car s'il est dit que la convention d'arbitrage doit être stipulée par écrit il n'y a pas de sanction prévue en cas d'inobservation de cette règle, ce qui fait penser pour certains que l'écrit n'est pas une condition ad validitatem mais ad probationem d'une part. D'autre part, les textes ne nous édifient pas sur le contenu de la convention d'arbitrage et cela ne permet pas d'apprécier à sa juste valeur les compétences des arbitres ni permettre de sanctionner l'arbitre qui aurait failli à sa mission). Mais également M. DIOUF, *op. cit.*, note 32.

<sup>48</sup> Aux termes des dispositions de l'article 3 de l'AU « La convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant. Voir également CCJA 012/2005 24 février 2005 cité par P. Meyer, cette décision vient préciser que la clause d'arbitrage par référence est valable.

<sup>49</sup> La règle du *locus regit actum* voudrait que l'acte juridique soit soumis aux conditions de forme de la loi du pays dans lequel il a été conclu.

<sup>50</sup> Article 11 AU.A.

<sup>51</sup> Sur ce point on peut citer M. CACHARD qui disait que « Les contrats internationaux sont en effet présentés comme le «royaume» de l'autonomie de la volonté. A priori, l'autonomie de la volonté, accompagnée du satellite de la liberté contractuelle, porte vers le «consensualisme», c'est-à-dire vers la libre expression du consentement

Ces exigences : consentement, arbitrabilité du litige, nature contractuelle du lien de base, l'écrit, sont gouvernées par des besoins d'efficacité, mais également par des soucis de préserver l'ordre public<sup>52</sup> parce qu'on ne voudrait pas que des litiges intéressant le droit pénal ou portant sur la vente illégale de produit de consommation fassent l'objet d'un arbitrage, car ce sont des matières qui relèvent de la préservation de l'intérêt général et donc de manière générale à l'ordre public. Le non-respect par les parties à l'arbitrage de ces conditions de formation entraîne des conséquences sur le contrat.

## **PARAGRAPHE 2 : Les effets du non-respect des conditions de formation de la convention d'arbitrage**

Le non-respect des conditions de formation de la convention d'arbitrage entraîne la nullité de celle-ci. Cette nullité est sans conséquence quant à la survie du contrat principal et vice-versa. Toutefois, même s'il est admis la validité de principe de la convention d'arbitrage, il n'en demeure pas moins que la nullité du contrat principal pourrait avoir des répercussions sur l'existence de la convention d'arbitrage. Les contestations portant sur la validité de la convention d'arbitrage sont portées devant le tribunal arbitral qui est seul compétent pour statuer en la matière<sup>53</sup>.

---

sans qu'il soit nécessaire de satisfaire à des formalités préétablies. Cependant, le consensualisme peut rapidement devenir un piège: la gravité des effets s'accommode très mal de la légèreté des formes. De fait, les clauses relatives à la compétence sont exorbitantes et peuvent produire de graves effets vis-à-vis d'une partie, contrainte de plaider à l'étranger devant un tribunal qui pourrait méconnaître ses droits. Dans une perspective de méfiance, de «campanilisme judiciaire», le recours au formalisme est tout naturel, car il est à la fois source d'information et de réflexion ». Olivier CACHARD, « les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissements: consensualisme ou formalisme ? », Mémoire de DEA, Paris, Université Panthéon — Paris II, 1997. Ou encore, voir Mme STERN pour qui « La raison pour laquelle le consentement doit être donné par écrit répond évidemment à des préoccupations de certitudes et de sécurité juridique ». Brigitte STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : Que disent les travaux préparatoires ? », Souveraineté étatique et marchés internationaux, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, 2000.

<sup>52</sup> Le CPC français parle également de la non-arbitrabilité des litiges qui font l'objet d'une attribution impérative de compétence au profit d'une autre juridiction. Ainsi sont non arbitrables les litiges intéressant le droit pénal.

<sup>53</sup> L'article 1 al.1 consacre le principe de « Kompetenz kompetenz » universellement reconnu, en prescrivant au tribunal arbitral, de statuer sur sa propre compétence y compris sur toute question relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage, Gaston K. DOUJANI et C. IMHOOS, *op. cit.*, note 37. Il résulte du principe de la validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et de celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international, Dominique Bureau « De la compétence pour statuer sur la validité d'une clause d'arbitrage et de la condition de commercialité dans l'ordre international », RCDIP, 1999 p. 546.

La nullité du contrat principal ayant des effets sur la convention d'arbitrage et la nullité de la convention d'arbitrage proprement dite constitueront les deux grandes idées de cette sous-section.

### **A- La nullité du contrat principal affectant la convention d'arbitrage**

En tant que clause insérée dans un contrat principal, la convention d'arbitrage devait être liée par le sort du contrat initial, mais la réalité est tout autre. La convention d'arbitrage demeure autonome du contrat principal auquel elle est rattachée et constitue l'un de ses traits caractéristiques fondamentaux. Cette autonomie s'apprécie par le fait que la convention n'est pas affectée par la nullité ou le vice du contrat principal c'est-à-dire qu'elle ne subira pas l'invalidité du contrat principal. Cette règle est traduite par les dispositions de l'article 4 de l'AU qui dispose que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal »<sup>54</sup>. Cette règle retenue par l'article 4 précité est l'œuvre d'une jurisprudence ancienne : arrêt Gosset qui date de 1963 qui établit que la validité de la clause compromissoire n'est pas affectée par la nullité du contrat qui l'a contient<sup>55</sup>.

En principe, toute clause insérée dans un contrat subit les effets de celui-ci. En cas donc de nullité c'est tout le contrat qui est nul. C'est le principe de « l'accessoire suit le principal ». Mais, le but de la convention d'arbitrage étant de faire trancher par un arbitre tous les litiges nés ou à naître entre les parties lors de leur relation contractuelle, il serait logique que la convention produise ses effets malgré la nullité du contrat principal parce qu'elle tend à résoudre ces litiges même objet de la convention.

Il semble toutefois, que cette autonomie à l'égard du contrat principal devrait être atténuée en ce sens qu'il a été retenu que la convention d'arbitrage contenue dans un contrat dont l'existence n'est pas elle-même prouvée serait inexistante<sup>56</sup>. Dès lors, si la convention d'arbitrage jouit aujourd'hui d'une autonomie quasi absolue vis-à-vis du contrat en considération duquel elle a été conclue, son indépendance doit trouver une limite rationnelle

---

<sup>54</sup> Voir aussi pour la même règle les articles 21 du Traité OHADA et 2-1 du Règlement d'arbitrage

<sup>55</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 1963 arrêt Gosset.

<sup>56</sup> C.A de Paris arrêt du 4 déc. 2012 n° 11-17334, Gaz. Pal. 6-8 janv. 2013, p. 19, obs. D. Bensaude. « Considérant que les arbitres se sont reconnu compétents en vertu d'un acte dénommé "contrat d'achat culture", à en-tête de la société cocontractante, ne comportant que la signature du représentant de cette société, qu'il n'est produit aucune pièce émanant du groupement agricole susceptible de s'analyser comme un commencement de preuve par écrit ; que s'agissant d'un contrat civil à l'égard du groupement agricole, il ne peut être suppléé à cette carence par l'allégation des usages de la profession ou de l'existence d'un flux d'affaires entre les parties, il convient d'annuler la sentence arbitrale rendue sans convention d'arbitrage ».

dans l'existence même des droits et obligations contractuels. C'est ce que rappelle l'arrêt de la cour d'appel de Paris susvisé<sup>57</sup>.

Comme autre limite de l'autonomie on peut relever qu'il y a des vices affectant le contrat principal qui n'échappent pas à la nullité de la convention : ainsi s'il a été relevé un défaut de consentement de l'une des parties, ou l'absence de capacité, la nullité du contrat principal aura des répercussions sur la convention d'arbitrage. C'est à ce propos que P. Meyer relève qu'« il paraît très contestable de faire produire des effets à une convention d'arbitrage alors qu'il n'y a eu ni offre, ni acceptation, tant concernant le contrat principal que la convention d'arbitrage<sup>58</sup> ».

Si la nullité du contrat principal peut emporter des conséquences sur la convention d'arbitrage, il n'en demeure pas moins que certains effets ne concernent que la convention d'arbitrage proprement dite.

### **B- La nullité de la convention d'arbitrage proprement dite**

Lorsque la convention d'arbitrage est conclue en ne respectant pas les conditions exigées pour sa formation la convention sera déclarée nulle. Cette nullité n'a pas de conséquences sur le contrat principal qui reste totalement valable. La nullité de la convention d'arbitrage suppose un vice affectant sa formation. Ce vice peut résulter d'un défaut de condition tenant aux parties, à l'arbitrabilité du litige ou encore aux conditions de forme.

Si le non-respect des conditions de fond entraîne la nullité de la convention d'arbitrage, cette nullité aura pour conséquence d'établir la compétence du juge étatique, car en l'absence de la convention, il aurait dû être compétent. En effet, la conséquence première de la nullité de la convention d'arbitrage est le transfert de compétence de l'arbitre au juge étatique. Le fondement de cet argument peut se retrouver dans les dispositions de l'article 13 de l'AU.A qui dispose que « ... la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente **à moins** que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce »<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Source [www.petites-affiches.com](http://www.petites-affiches.com). Consulté le 4 juillet 2017 à 20 h 7.

<sup>58</sup> P. MEYER « Droit de l'Arbitrage » *op cit.* note 15. V. également Sentence arbitrale partielle du 20 octobre 2004, affaire Ngando BEBEY c/ Société AXA Assurances. Revue de l'arbitrage N° 26 juillet- août — septembre 2004, p.3, note Roger SOCKEND Ohadata J-08- 165. « En l'absence de l'acceptation par toutes les parties, l'aspect consensuel qui caractérise toute convention fait défaut et elle est inexistante. Sans convention d'arbitrage de laquelle les arbitres tirent leurs pouvoirs juridictionnels, il y a lieu de se déclarer incompétent ».

<sup>59</sup> V. *infra* Chap. 2.

Néanmoins en cas d'un défaut dans la formation du contrat ou de l'établissement de l'acte, la possibilité est donnée aux parties et même au juge de réadapter la convention. S'agissant des premières, elles auront la possibilité lorsque la convention d'arbitrage a été irrégulièrement conclue de conclure à nouveau une convention d'arbitrage. (Article 4 al 3 de l'AU car elles peuvent même en cours d'instance décider que leur contentieux sera soumis en arbitrage). En cas de défaut d'existence donc de cette convention, si les parties le veulent toujours, elles pourront soumettre leur litige à l'arbitre par la conclusion d'un compromis<sup>60</sup>.

Pour ce qui est du juge, il lui est permis d'interpréter le contrat d'après la commune intention des parties<sup>61</sup>, mais également de compléter la convention d'arbitrage. Les articles 6 et 8 alinéa 1 de l'A.U les précisent en ces termes : « A défaut d'accord des parties sur la procédure de nomination ou si leurs stipulations sont insuffisantes :

- a) en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre ; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente (30) jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente (30) jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par la juridiction compétente dans l'Etat Partie ;
- b) en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par la juridiction compétente dans l'Etat Partie... ; En cas de différend, et si les parties n'ont pas réglé la procédure de récusation, la juridiction compétente dans l'Etat Partie statue au plus tard dans un délai de trente (30) jours sur la récusation ». Ces articles nous laissent percevoir les possibilités données au juge de réadapter la convention d'arbitrage si celle-ci est insuffisante.

S'il est clair que la convention d'arbitrage regorge une nature contractuelle, son inopposabilité est beaucoup plus accentuée par l'application qui y ait fait des principes en vigueur en matière contractuelle. C'est précisément l'analyse de ces différents principes que

---

<sup>60</sup> Article 4 alinéa 3 AU.A « Les parties ont toujours la faculté, d'un commun accord, de recourir à une convention d'arbitrage, même lorsqu'une instance a déjà été engagée devant une autre juridiction ».

<sup>61</sup> C.A de Ouagadougou Chambre Civile et Commerciale, Burkina Faso, arrêt N° 116 du 19 mai 2006, KABORE Henriette (BTM) c/ Société Sahel Compagnie (SOSACO) « Dans l'interprétation des conventions, il faut rechercher la commune volonté des parties. Ainsi lorsque les parties ont expressément prévu dans leur contrat la voie de l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, c'est donc en bon droit que la juridiction étatique s'est déclarée incompétente en application de l'article 13 AU », Ohadata J-09-25.

nous aborderons dans la prochaine étape de la recherche de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage aux tiers.

## **SECTION 2 : L'APPLICATION A LA CONVENTION D'ARBITRAGE DES PRINCIPES EN VIGUEUR EN MATIÈRE CONTRACTUELLE**

D'emblée, faudrait préciser que les principes dont il s'agit d'étudier ici sont ceux relatifs à l'exécution de la convention. En effet, dans le cadre d'une convention ou d'un contrat, les parties à l'union sont soumises aux effets découlant de cette convention. Celle d'arbitrage n'échappe pas au principe. En effet, les principes d'effet relatif et de la force obligatoire trouvent leur place dans ladite convention et gouvernent les relations entre parties non seulement, mais également entre les parties et les tiers.

Ainsi après avoir parlé de l'effet relatif de la convention d'arbitrage (PARAGRAPHE 1) nous nous intéresserons à sa force obligatoire (PARAGRAPHE 2).

### **PARAGRAPHE 1 : L'effet relatif de la convention d'arbitrage**

L'étude de l'effet relatif de la convention d'arbitrage nous montre les limites des effets de la convention, lesquelles limites encadrent les effets de la convention qu'à l'égard des seules parties (A) d'une part. Et d'autre part, qu'il y a une absence d'immixtion des tiers dans la convention d'arbitrage (B).

#### **A- La limitation des effets de la convention d'arbitrage aux parties**

Le principe est que les obligations nées du contrat ne sauraient produire des effets qu'à l'égard des seules parties contractantes. Les effets visés sont ceux créés par la convention d'arbitrage. Cette limitation est la conséquence directe que l'on peut tirer des dispositions de l'article 1199 du Code Civil qui dispose que « les conventions n'ont d'effets qu'à l'égard des parties... » Le contrat ne saurait donc produire des effets qu'envers les seules parties souscripteurs qui se sont volontairement engagées dans une relation contractuelle.

Cet encadrement des effets du contrat aux seules parties est la conséquence du principe de l'autonomie de la volonté. La volonté des parties est la source des effets du contrat. En effet,

même si d'aucuns pensent que l'autonomie de la volonté est un mythe<sup>62</sup>, une hétéronomie, elle constitue tout de même l'un des principes directeurs du contrat. La volonté est au centre du contrat, c'est un principe sans lequel le contrat ne peut exister. Et donc autonomie de la volonté voudrait que les effets du contrat n'engagent que ceux qui l'ont souscrit, que ceux qui se sont engagés.

De plus, l'autre corollaire attaché à la limitation des effets du contrat aux parties est la détermination du contenu du contrat par les parties<sup>63</sup>. Ces dernières ont la latitude de prévoir dans leur convention toutes les règles devant régir le règlement de leur différend. Elles le feront d'un commun accord en exprimant clairement leur volonté. On peut retrouver des exemples précis au niveau des dispositions des articles 5 et suivants de l'A.U.A. En effet, il est précisé que la nomination des arbitres (article 6), la durée de l'arbitrage (article 12), la langue et le lieu de la procédure sont déterminés par les parties d'un commun accord.

De ce fait, le contenu de leur contrat ne peut pas engager d'autres personnes qui n'ont pas pris part à l'élaboration de leur convention. La volonté des parties constitue le véritable fondement des effets de la convention. En même temps qu'elle est le fondement, elle constitue également la limite, car les effets de leur consentement ne sauraient s'étendre aux tiers qui n'ont pas exprimé leur volonté.

---

<sup>62</sup> Parmi ces auteurs nous avons : Georges ROUHETTE, *Contribution à l'analyse critique du contrat* et Éric SAVAUX, « la théorie générale du contrat : mythe ou réalité ? » qui voient en l'autonomie de la volonté un pur mythe qui ne suffit pas à justifier le contrat, ce n'est pas l'autonomie de la volonté qui est le seul fondement du contrat. Cette pensée est réaffirmée par l'expansion des contrats d'adhésion où l'une des parties n'a pas à discuter des conditions générales du contrat celles-ci ayant été définies préalablement par l'autre partie.

<sup>63</sup> Avec la nouvelle réforme sur le C. Civ, le législateur français a entendu élire en condition de formation le contenu du contrat en lieu et place de l'objet et de la cause du contrat. Désormais, les seules conditions retenues pour la formation du contrat sont précisées à l'article 1128 qui dispose que « sont nécessaires à la validité d'un contrat : Le consentement des parties ; leur capacité de contracter ; un contenu licite et certain. Les conditions de cause et d'objet du contrat même si elles sont supprimées par la réforme conservent leur fonction à travers d'autres notions : l'interdiction de conclure des contrats ayant pour objet une chose qui n'est pas dans le commerce juridique (anc. art. 1128) est remplacée par la prohibition, plus générale, des contrats dont les stipulations dérogent à l'ordre public (art. 1162) ; la nullité du contrat pour cause subjective (aussi appelée cause du contrat) illicite (anc. art. 1131 et 1133) est remplacée par la nullité pour but contraire à l'ordre public (art. 1162). La nullité du contrat pour absence de cause objective (ou cause de l'obligation; anc. art. 1131) est remplacée, dans les contrats synallagmatiques, par une nullité du contrat en raison du caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie convenue (art. 1169). On constate dès lors que la suppression de ces deux conditions de formation n'est que textuelle parce que d'autres notions assimilables à la cause et à l'objet du contrat se retrouvent à l'intérieur des dispositions du C. Civ. V. <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contracts/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu-contrat/> publié par Clément François ATER à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne IEJ Jean Domat. Présentation des articles 1162 A 1171 de la nouvelle sous-section 3 « LE CONTENU DU CONTRAT » ATER à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne IEJ Jean Domat.

La convention d'arbitrage est alors inopposable aux tiers qui y sont restés étrangers<sup>64</sup>. Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties, mais ils doivent en respecter l'exécution, ne pas s'y immiscer et ne pas être complices de l'inexécution du contrat par l'une des parties.

### **B- La non-immixtion des tiers dans la convention d'arbitrage**

De la même manière dont un tiers ne peut s'engager ou être tenu dans une relation à laquelle il n'a pas participé, c'est de la même sorte qu'il ne pourra réclamer aucun droit provenant de la relation contractuelle, ni porter préjudice à l'exécution de celle-ci : c'est la non-immixtion des tiers dans la convention d'arbitrage.

D'une part, s'agissant du fait de l'impossibilité pour les tiers de se prévaloir de la convention d'arbitrage, ce principe se justifie par l'article 1199. En effet, puisque les parties ne peuvent pas exiger des tiers un quelconque droit ou l'exécution forcée de la convention, c'est en bon droit que le tiers aussi ne pourra pas exiger ni recevoir des parties, en vertu de leur relation, un droit : c'est un parallélisme. Mais, comme nous aurons à le voir, les tiers peuvent se baser sur la convention pour engager la responsabilité d'une des parties, lorsque l'exécution défectueuse ou la non-exécution de la convention par les parties leur a posé préjudice.

D'autre part, concernant l'atteinte à l'exécution du contrat. Le contractant, victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle, peut demander au tiers qui a provoqué ou participé à ce manquement la réparation du dommage qu'il a subi. La jurisprudence admet la responsabilité du tiers responsable de la violation du contrat. Le tiers peut être un tiers complice ou un tiers auteur. L'immixtion du tiers dans la convention aura comme conséquence la mise en jeu de sa responsabilité. En effet, s'il a, par son fait ou par ses actes, causé la mauvaise exécution du contrat, sa responsabilité pourra être engagée par les parties. Cette solution depuis longtemps retenue a été réaffirmée dans un arrêt de la Cour de Cassation en date du 26 janvier 1999, 1<sup>re</sup> Chambre Civile, *Le Bourg c/ Penet et autres* : « le tiers à un contrat qui, par ses agissements, méconnaît une obligation contractuelle et cause un préjudice à un contractant engage sa responsabilité délictuelle ».

Les tiers sont tenus de respecter le contrat en tant que fait social. Celui-ci crée une situation de droit protégée, que les tiers ne peuvent ignorer. Ainsi, il y a un devoir

---

<sup>64</sup> « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats » GOUTAL, Rev. arb. 1988. 431 et p. 177 et 178. — COHEN, « Arbitrage et groupes de contrats », Rev. arb. 1997. 471 s. — Civ. 2e, 26 nov. 1997, Rev. arb. 1997. 544. — Paris, 21 févr. 2002, Rev. arb. 2002. 955, note Train. Cité par Bertrand MOREAU Avocat au barreau de Paris l' « Arbitrage commercial ».

d'abstention du tiers de tout acte portant atteinte aux droits des contractants<sup>65</sup>. Si au contraire, ce tiers intervient dans la violation d'un contrat, sa responsabilité sera engagée. Sa responsabilité est due, non pas au titre de l'inexécution du contrat, mais plutôt en raison du non-respect de l'obligation « d'inviolabilité<sup>66</sup> ».

La convention d'arbitrage obéit au principe de l'effet relatif, mais également à celui de la force obligatoire.

## **PARAGRAPHE 2 : La force obligatoire de la convention d'arbitrage**

La convention d'arbitrage en tant que contrat a une force obligatoire. Cette force obligatoire de la convention justifie même l'arbitrage et permet d'apprécier son efficacité.

Ainsi la force obligatoire de la convention à l'égard des parties et à l'égard des tiers constituerons les deux grandes idées à développer.

### **A- Force obligatoire à l'égard des parties**

Lorsqu'elle est valablement conclue, la convention d'arbitrage jouit d'une force obligatoire entre les parties c'est-à-dire que les parties sont tenues de se conformer à leur prévision qui est de confier le règlement de leur litige à un arbitre. Les parties sont donc tenues de recourir à l'arbitrage. Dès lors que la convention d'arbitrage est valable, elle s'impose aux parties qui sont tenues de soumettre leurs différends contractuels à l'arbitrage à l'exclusion de tout autre mode de règlement des litiges. Cette règle s'impose même si l'une de ces parties est un État, une collectivité ou un établissement public. Ces personnes ne pouvant, pour éviter l'application de la convention d'arbitrage, invoquer « leur propre droit pour l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». L'État ne peut donc plus paralyser la convention d'arbitrage à laquelle il est parti et à laquelle il a librement consenti.

Cette force obligatoire de la convention d'arbitrage, tirée de la volonté des parties, est une application des dispositions communes au droit des contrats à savoir les articles 96 du COCC et 1194 du C. Civ. Le premier, dispose que « le contrat légalement formé créé entre les parties un lien irrévocable », quant au second « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

---

<sup>65</sup> B. STRACK « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui » : JCP G 1954, I, 1180. cité par El. RAJAB, *op. cit.*, note 11.

<sup>66</sup> F. BERTRAND, « L'opposabilité du contrat aux tiers », th. Paris II, 1979, cité par El RAJAB, *ibid.*

Ces dispositions si elles énoncent le principe clairement, il n'en demeure pas moins que s'agissant de la convention d'arbitrage des entorses sont relevées. D'abord s'agissant de l'irrévocabilité du contrat, la règle voudrait que ce que le consentement a noué seul celui-ci puisse le défaire (*mutuus consensus, mutuus dissensus*). Le contrat ne pourra être rompu que du consentement mutuel des parties. Cette règle transposée dans le domaine de la convention d'arbitrage nous laisse constater qu'il est laissé à l'une des parties, si elle souhaite écarter la procédure d'arbitrage, la possibilité de ne pas déclencher la procédure en saisissant directement le juge étatique à l'occasion de la survenance du litige pour le règlement du litige alors qu'il existait une convention d'arbitrage. Si l'autre partie ne soulève pas l'exception d'incompétence de la juridiction étatique, celle-ci sera compétente, car il appartient à l'autre partie de soulever l'exception de compétence du juge étatique avant d'entrer dans le fond du litige. Le juge ne peut relever lui-même son incompétence. Il est même donné au juge la possibilité de modifier le contrat<sup>67</sup>.

Cette situation pourrait sans doute s'expliquer par le fait, que la convention d'arbitrage même si elle a une force obligatoire entre les parties, est dépourvue d'un contenu obligationnel. « L'effet direct de la convention d'arbitrage est de rendre incompétente la juridiction étatique et de donner compétence à une juridiction arbitrale... Si l'une des parties saisit une juridiction autre que celle désignée par le contrat, la conséquence juridique n'apparaîtra pas sous la forme d'une sanction de l'inexécution d'une obligation : le tribunal se contentera de se déclarer incompétent et ce serait une vision fort réductrice que d'analyser cette décision d'incompétence comme une exécution forcée de l'obligation de ne pas agir devant ce tribunal <sup>68</sup>». Les parties conviennent tout simplement que leur litige sera réglé par un arbitre et elles sont tenues par ce choix. En cas de non-respect de cet accord, il n'y aura aucune sanction qui pèsera sur elles. Le contenu obligationnel qui exerce cette force contraignante de recourir à l'arbitrage n'existe pas dans la convention d'arbitrage. Les notions d'exécution ou d'inexécution lui sont étrangères.

La convention à force obligatoire à l'égard des parties non seulement, mais aussi à l'égard des tiers.

---

<sup>67</sup> Voir *infra* p. 22.

<sup>68</sup> P. ANCEL « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999 p. 771

## **B- Force obligatoire à l'égard des tiers**

Le contrat s'impose aux parties, mais également aux tiers et s'il y a un tiers qui mérite le plus d'attention dans la convention d'arbitrage c'est bien le juge. De principe le juge ne peut alléger le contrat ni l'alourdir. Si ce principe était absolu au XIXe siècle, aujourd'hui il ne peut être pris dans l'absolue. Il est donné au juge la possibilité de rééquilibrer le contrat. Cette possibilité accordée au juge en matière contractuelle s'élargit dans le domaine de la convention d'arbitrage. Certains textes issus de l'AU.A nous édifient sur les pouvoirs accordés au juge étatique dans la convention d'arbitrage surtout lorsque celle-ci est incomplète ou difficile d'application.

La place accordée au juge dans la convention d'arbitrage est relativement grandiloquente. En effet, en dehors de la possibilité d'interpréter le contrat, de le réviser, on constate que dans la convention d'arbitrage et dans l'arbitrage de manière générale, il est laissé au juge la possibilité d'inclure dans le contrat des prévisions que les parties n'avaient pas conclues. Le choix par exemple du troisième arbitre, le contrôle de sa récusation, la reconstitution du tribunal arbitral, la procédure de la tierce opposition..., peuvent relever de la compétence du juge étatique. C'est ce que prévoient les dispositions de l'article 6 al 3 de l'AU.A en ces termes « En l'absence d'accord, le tribunal arbitral est complété par les arbitres désignés ou, à défaut d'accord entre ces derniers, par la juridiction compétente dans l'Etat Partie ».

De plus, si le tribunal arbitral a omis de statuer sur une chef de demande, et au cas où ce tribunal ne pourra plus se réunir, le juge étatique est compétent pour prendre la sentence additionnelle<sup>69</sup>. Même si la convention d'arbitrage est sans défaut, le juge étatique trouvera toujours un moyen pour s'immiscer dans la convention en étant compétent pour les décisions provisoires et pour la prorogation du délai de l'arbitrage<sup>70</sup>. En effet, ni les parties, ni les arbitres ne peuvent surmonter les incidents qui pourraient jaloner la mise en œuvre de l'arbitrage souhaité<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Article 22 alinéas 2 et 5 : « Le tribunal arbitral a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence ou de rectifier les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent. Si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, il appartient à la juridiction compétente dans l'Etat Partie de statuer. ».

<sup>70</sup> Article 12 « Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé, soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'elles ou du Tribunal arbitral, par le juge compétent dans l'Etat partie ». De même, et conformément à l'article 13 de l'AU, l'existence d'une clause d'arbitrage ne fait pas obstacle à la compétence du juge étatique, en l'espèce, le juge des référés, pour prendre des mesures conservatoires et lorsqu'il y a urgence et que cette mesure- la désignation d'un administrateur provisoire- ne préjudicie pas au fond. C.A du Littoral, arrêt n° 092/REF du 9 mai 2007, Affaire TÉN JOB c/ Penghoua Emmanuel et Kamkeng François Ohadata J-07-198.

<sup>71</sup> A. BA, « les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage ad hoc ». Parmi les difficultés de mise en œuvre de l'arbitrage, nous avons la nomination du troisième arbitre qui en cas de

En définitive, le juge supprime, ajoute ou corrige la convention d'arbitrage. Il a, sous le couvert d'application des textes, introduit dans le contrat des obligations auxquelles les parties n'avaient pas songé, c'est la fameuse « *interprétation active du contrat par le juge*<sup>72</sup> ».

### **Conclusion partielle**

Comme nous pouvons le constater, la convention d'arbitrage ne déroge pas aux principes de base régissant le contrat. C'est le respect du consentement, de l'objet et de la capacité. Mais à côté, la convention d'arbitrage pour sa formation nécessite le respect d'autres conditions telles que l'arbitrabilité du litige ainsi que les personnes pouvant souscrire à la convention d'arbitrage. Celle-ci lorsqu'elle est conclue également engage les seules parties qui se sont engagées, les tiers demeurent exclus de la convention. Elle demeure également obligatoire pour les parties. Toutes ces règles participent à rendre compte de l'inopposabilité de la convention d'arbitrage. Quid des conséquences de cette inopposabilité ?

---

désaccord entre les parties sera choisi par le juge compétent, la récusation d'un arbitre, la prolongation du délai de l'arbitrage...

<sup>72</sup> J. MESTRE et A. LAUDE, « l'interprétation "active" du contrat par le juge », le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p.9 et svts. cité par Frédéric Rouvière « La remise en cause du contrat par le juge ».

## CHAPITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE L'INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Mis à part l'aspect conventionnel, la question procédurale est le second aspect de la convention d'arbitrage. En soumettant leur litige à l'arbitrage, les parties renoncent à la compétence des juridictions étatiques pour connaître de leur litige<sup>73</sup>, celles-ci demeurent incompétentes devant une convention d'arbitrage. En effet, les effets de la convention d'arbitrage sont dictés par l'autonomie de la volonté des parties qui organise toute la procédure d'arbitrage et suit la logique volontariste de la convention. La volonté des parties inouïe l'instance arbitrale. Cette force probante de l'autonomie de la volonté se retrouve à travers les dispositions des articles 6 et 10 de l'A.U.A et 3 du RA/CCJA.

La convention d'arbitrage est conclue pour produire des effets de droit. Ces derniers ont une portée limitée aux parties en cause. L'inopposabilité de la convention d'arbitrage telle que décrite emporte des conséquences sur les relations entre parties et tiers de façon générale, mais aussi entre procédure d'arbitrage et parties de façon particulière. En effet, dans la relation entre parties et tiers, la convention d'arbitrage exclut toute idée d'intervention de ceux-ci, mais également que les parties ne peuvent engager les tiers dans la procédure d'arbitrage. Ils sont écartés donc de l'ensemble de la procédure.

Et dans la relation entre parties et procédure, il y a cette obligation pour les premières de se soumettre à leurs prédictions antérieures qui étaient de saisir le tribunal arbitral pour résoudre leur différend. Les juridictions de droit commun demeurent incompétentes face à une convention d'arbitrage. Ceci étant dit, par la convention, les parties renoncent à saisir la juridiction étatique (**section 1**). Cette renonciation emporte transfert de compétence aux arbitres qui ont un pouvoir juridictionnel de trancher le litige. Ce pouvoir résulte de la volonté des parties, laquelle volonté exclut les tiers de toute la procédure arbitrale (**section 2**).

### SECTION 1 : LA RENONCIATION DES PARTIES A LA SAISINE D'UNE JURIDICTION ÉTATIQUE

Dès lors que la convention d'arbitrage est valable, elle s'impose aux parties qui sont tenues de soumettre leur différend contractuel à l'arbitre, à l'exclusion de tout autre mode de règlement des litiges. Cette règle s'impose même si l'une de ces parties est un État, une

---

<sup>73</sup> Les privilèges accordés à certaines personnes en vertu de leur nationalité ne trouveront pas lieu à s'appliquer ici. Certains de ces privilèges sont énumérés aux articles 14 et 15 du C. Civ.

collectivité publique ou un établissement public parti à la convention. L'un des premiers effets « négatifs » découlant de la convention d'arbitrage est l'exclusion de facto des juridictions étatiques pour connaître du contentieux nait entre les parties ayant conclu une convention d'arbitrage.

Cette incompétence des juridictions étatiques a un fondement et de ce fondement se trouve amoindris les droits du juge étatique, droits qui seront transférés à l'arbitre qui a ainsi une compétence exclusive de principe (PARAGRAPH 1). Les parties renoncent à saisir le juge étatique et donnent pouvoir aux arbitres pour trancher le litige. Elles disposent également d'une véritable marge de manœuvre pour conduire leur instance arbitrale à la survenance du litige pour lequel elles ont conclu la convention d'arbitrage. (PARAGRAPH 2.)

### **PARAGRAPH 1 : La compétence exclusive de la juridiction arbitrale**

Devant une convention d'arbitrage, les parties sont dans l'obligation, à la survenance d'un litige pour lequel la convention a été conclue, de soumettre aux arbitres leur contentieux. Les juridictions étatiques demeurent ainsi incompétentes devant une convention d'arbitrage<sup>74</sup>. Le fondement de la compétence de la juridiction arbitrale est la volonté des parties qui donne aux arbitres leurs pouvoirs de juger, mais aussi fait déclencher la procédure arbitrale une fois le litige né.

Les parties devront alors saisir l'arbitre pour régler leur différend, c'est la manifestation et l'application la plus logique et la plus censée du principe de la force obligatoire de la convention, qui confère une compétence de principe à la juridiction arbitrale (A). Toutefois, il existe des dérogations qui échappent à l'application de cette règle (B).

#### **A- Une compétence de principe**

La convention d'arbitrage régulièrement formée entraîne l'incompétence des juridictions étatiques et transmet cette prérogative au tribunal arbitral. Le tribunal arbitral dispose de ce fait d'une compétence de principe.

La traduction légale de cette règle se retrouve au travers des dispositions de l'article 13 al. 1 de l'AU qui dispose que « lorsqu'un litige, dont un Tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente ». La même règle est posée par l'article 1448 du

---

<sup>74</sup> CCJA, 1<sup>ère</sup> chambre société MACACI c/ M. Jean-Pierre, Ohadata J-05-357 ; C.A Abidjan n° 1032, 30 juillet 2002.

CPC français<sup>75</sup> qui prévoit que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente... ».

En matière procédurale, il est réservé à la juridiction saisie le pouvoir de statuer sur sa compétence. Cette règle vaut également pour la juridiction arbitrale. Il appartient aux arbitres de statuer en priorité sur leur propre compétence. L'article 11 al. 1 de l'AU dispose que « le Tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence, y compris sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage » : c'est le principe de la compétence-compétence. Ce principe se trouve au cœur de la procédure arbitrale, car c'est lui qui permet aux arbitres de statuer sur leur compétence en premier<sup>76</sup>. En effet, « les arbitres doivent avoir l'occasion de se prononcer et de se prononcer les premiers sur les questions relatives à leur compétence, sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques<sup>77</sup> » car seul le principe de la compétence-compétence permet aux arbitres de se prononcer sur les vices affectant directement la convention d'arbitrage et, le cas échéant, de les constater par une sentence<sup>78</sup>. Les arbitres sont donc de véritables juges qui manquent cependant d'imperium<sup>79</sup>.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer plusieurs fois sur ce principe de la compétence du tribunal arbitral. La première décision intervenue en France date du 22 février 1949, plus connue sous le nom de l'arrêt Caulliez. Dans cette affaire, le juge de la Cour de Cassation avait retenu que « toute juridiction même d'exception étant juge de sa propre compétence, les arbitres ont le pouvoir et le devoir de vérifier si eu égard aux termes de la clause compromissoire souscrite par les intéressés, ils sont compétents pour connaître du différend qui leur est soumis<sup>80</sup> ». Même en cas de saisine parallèle du juge étatique sur la

---

<sup>75</sup> En droit français depuis 2007 on ne parle plus de Nouveau Code de Procédure Civile mais simplement de Code de Procédure Civile.

<sup>76</sup> Article 1465 du CPC.

<sup>77</sup> FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN « Traité de l'arbitrage commercial international », *Litec*, 1996, p 415, cité par E. GAILLARD « l'effet négatif de la compétence-compétence ».

<sup>78</sup> E. GAILLARD « L'effet négatif de la compétence-compétence ». Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-F. Poudret, Recueil édité par Jacques Haldy, Jean-Marc Rapp et Phidias Ferrari. FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE 1999.

<sup>79</sup> « Les pouvoirs des arbitres ont leur source dans la convention d'arbitrage. Cependant ces pouvoirs sont plus éphémères et moins étendus que ceux d'un tribunal ordinaire. Certes, comme le font les juges, ils peuvent accorder des délais de grâce, ordonner l'exécution provisoire de la sentence, user des mesures d'instruction, mais ils ne peuvent pas directement saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes ». J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Cours de procédure civile*, page 1108, CCJE 23 mars 1982, Rev. Arb 1982.349 notes X de Mello, D. 1983.633, note Robert).

<sup>80</sup> Cass. Com., 22 février 1949, Caulliez, JCP 1949 II 4899, obs. H. MOTULSKY.

même question opposant les parties à l'arbitrage, l'arbitre n'est pas obligé de surseoir à statuer<sup>81</sup>.

Règle s'appliquant au niveau interne et communautaire, elle trouve aussi lieu à s'appliquer au plan international<sup>82</sup>. En effet, dans un arrêt de la Cour de cassation 1<sup>re</sup> Ch. civ. du 5 janvier 1999, M. Zanzi ès qualités c/ M. de Coninck et autres, la haute juridiction a retenu qu'« il résulte du principe de la validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité, et de celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international<sup>83</sup> ». On constate ainsi que la convention d'arbitrage en plus de l'obligation qu'elle fait peser sur les parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, donne aux arbitres le pouvoir de statuer en priorité sur leur propre compétence.

Cette priorité accordée à la juridiction arbitrale pour connaître de sa compétence n'est pas un principe universellement reconnu. En effet, certaines législations<sup>84</sup> sont « hostiles » à l'effet négatif de la compétence-compétence. Le droit allemand et le droit américain figurent au premier plan. Dans le droit allemand, l'article 1032 Paragraphe 2 du ZPO dispose qu'« avant la constitution du tribunal arbitral, le tribunal – ici juridiction de droit commun — peut être saisi d'une action afin de voir constater l'admissibilité ou l'inadmissibilité du règlement du litige par voie d'arbitrage ».

Quant au droit américain sur l'arbitrage, droit d'origine exclusivement prétorienne, de nombreux cas montrent les entorses faites à l'encontre de la compétence de l'arbitre. « Les juridictions étatiques saisies du fond du litige en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage connaissent en grand détail de la question de la validité et de la portée de cette

---

<sup>81</sup> Le principe de compétence-compétence en matière d'arbitrage OHADA, notes sous Ass. plé de l'arrêt rendu par la CCJA le 31/01/2011, Planor Afrique c/ Atlantic TELECOM, Bacary Diallo revue Jurisinfo p.18.

<sup>82</sup> Article II. 3 de la Convention de New York dispose que « Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage... ».

<sup>83</sup> C. Cass. (1<sup>re</sup> Ch. civ.) — 5 janvier 1999, M. Zanzi ès qualités c. M. de Coninck et autres, RTD. Com. 1999, p. 380, obs. E. Loquin, notes Dominique Bureau.

<sup>84</sup> Les systèmes juridiques, à l'image du droit Suisse et Belge, sont encore divisés sur la question de savoir si les juridictions saisies d'un litige en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage doivent, en cas de contestation, vider immédiatement le contentieux de la validité et de l'étendue de cette convention ou s'en tenir à la constatation de l'existence et de la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage pour s'abstenir de connaître du litige en attendant que les arbitres eux-mêmes aient pu se prononcer sur leur propre compétence, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation.

convention pour décider s'il y a lieu de renvoyer la matière aux arbitres<sup>85</sup>». Ces atteintes à la compétence du tribunal arbitral amoindrissent l'autonomie qui est dévolue à la convention d'arbitrage non seulement, mais aussi risque de perturber l'arbitrage parce qu'il s'agit là de prévisions, de faits nouveaux dont les parties n'ont pas tenu compte lors de la conclusion de la convention.

On constate donc que si elle reçoit une certaine priorité dans le droit OHADA et français, la juridiction arbitrale ne bénéficie pas toujours de l'opportunité de statuer sur sa propre compétence. Néanmoins, la convention d'arbitrage exclut toute idée de compétence des juridictions étatiques et transfère celle-ci aux arbitres<sup>86</sup>. Toutefois, la règle est relative étant donné l'existence de dérogations.

## **B- Les exceptions à ce principe**

La compétence de principe reconnue à la juridiction arbitrale se trouve réduite par l'existence de dérogations. Celles-ci peuvent être légales ou conventionnelles.

### **1- Les exceptions légales**

La première est celle posée par l'article 13 al 2 de l'AU qui dispose que « si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, ou si aucune demande d'arbitrage n'a été formulée la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable en l'espèce... ». La réserve apportée ici est donc la « nullité manifeste » de la convention d'arbitrage ou son caractère inapplicable<sup>87</sup>.

Si l'expression « nullité » est facile d'appréhension<sup>88</sup>, celle de nullité manifeste est encore plus difficile à cerner. Cette difficulté est renforcée davantage par le fait qu'il n'y a aucune énumération dans l'AU.A des éléments qui doivent nécessairement figurer dans une convention d'arbitrage. Cette énumération étant inexistante, il semblerait que la sanction de la nullité ne soit pas appropriée dans ce contexte, car dit-on il ne peut y avoir de nullité sans

---

<sup>85</sup> V. par ex. *Comptek Telecom. Inc. c/ IVD Corp.* (WDNY August 1, 1995), 10 Int. Arb. Rep., p. A-1 (September 1995) ; *Yearbook Commercial Arbitration* 1997, p. 905. Emmanuel Gaillard.

<sup>86</sup> Dans le même sens voir, C.A Abidjan arrêt n° 1032, du 30 juillet 2002, CCJA arrêt n° 012/2005, février 2005.

<sup>87</sup> « Il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ». *Revue critique de droit international privé* 2007 p. 128. Du contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage C. Cass. (1er Ch. civ.). — 25 avril, 23 mai et 11 juillet 2006 (3 arrêts, RTD. Com. 2006, p. 764, obs. E. Loquin) Fabienne Jault-Seseke.

<sup>88</sup> La nullité est définie comme une sanction prononcée par le juge qui fait disparaître rétroactivement un acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation. Déf. du Lexique des termes juridiques.

texte, même si le juge a la possibilité de sanctionner de nullité un contrat sans pour autant qu'un texte ne le prévoit : c'est la nullité virtuelle<sup>89</sup>.

Vu que la convention d'arbitrage est un acte abdicatif et de dispositif, il serait dangereux selon nous d'admettre la nullité virtuelle de celle-ci, car, la soumettre à un tel cas de nullité serait laisser la porte à la partie qui n'entend pas voir son contentieux résolu par la voie arbitrale, de procéder dans le dilatoire en se basant sur un cas de nullité qui ne serait pas prévu par les textes, cela peut être un frein au bon déroulement de la procédure. De plus, la juridiction étatique pourrait prononcer la nullité de la convention rien que pour enlever à l'arbitre sa compétence et connaître ainsi du contentieux. Ce qui serait souhaitable c'est que l'AU.A prévoit les cas de nullités manifestes.

Nous nous penchons plutôt pour la sanction du réputé non écrite, car elle semble être la sanction idéale en ce sens qu'il permet non seulement de constater l'inexistence de la convention, mais également permet de transférer le pouvoir de résoudre le différend au juge étatique<sup>90</sup>. L'article 1447 du CPC français l'énonce dans ses dispositions en soulignant que « lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite ». La sanction du réputé non écrite considérera l'acte comme n'ayant jamais été conclu ni produit d'effets à l'égard des parties.

La convention d'arbitrage transfère un droit d'action, elle donne compétence à l'arbitre et de ce fait entraîne l'incompétence du juge étatique. Dès lors que cet acte entraîne une certaine gravité, car comme dit plus haut la convention d'arbitrage est un acte de disposition, il serait plus judicieux lorsque cet acte ne respecte pas les conditions de formation qu'elle soit déclarée comme jamais existante et donner la compétence au juge étatique en tant que régulateur de connaître du contentieux. C'est la raison pour laquelle l'al 2 de l'article 13 précité prévoit à ce que « ...dans ce cas, la juridiction étatique compétente statue sur sa compétence en dernier ressort dans un délai maximum de quinze (15) jours et que sa décision ne puisse faire l'objet que d'un pourvoi en cassation devant la CCJA... ».

L'usage de l'expression manifestement nulle par le législateur a pu poser un certain nombre de difficultés d'interprétations, que doit-on entendre par manifestement nulle ?

---

<sup>89</sup> Dans les cas de nullités virtuelles, il appartient au juge, d'après l'interprétation qu'il en fera de déduire librement l'existence d'un cas de nullité sans pour autant qu'un texte l'est prévu. Il y a donc une certaine liberté qui est donnée au juge dans l'interprétation et la sanction de la convention.

<sup>90</sup> La nullité manifeste de la convention impute au tribunal arbitral sa compétence de principe à connaître du contentieux et à se prononcer même sur sa propre compétence.

Certains auteurs<sup>91</sup> pensent que la notion de nullité manifeste n'étant pas définie par les textes, sa constatation devrait résulter de l'apparence de la convention, d'un simple examen extrinsèque et non de son analyse. La nullité manifeste renverrait ainsi à la nullité ostensible et indiscutable. La nullité manifeste ou l'inapplicabilité manifeste est celle qui s'impose d'elle-même par une contravention littérale à l'une des conditions légales imposées pour la validité des conventions d'arbitrage et ne requiert aucune interprétation pour être constatée<sup>92</sup> ou si la clause invoquée n'est pas d'évidence relative au rapport contractuel en cause.

S'il n'y a aucun moyen permettant d'établir l'existence de la convention d'arbitrage, la juridiction étatique sera seule compétente pour résoudre le contentieux né entre les parties.

Au-delà du fait que la convention d'arbitrage ne soit pas manifestement nulle pour enlever aux arbitres leur pouvoir de juger, l'arbitrage nécessite également que le tribunal arbitral soit régulièrement saisi par les parties, mais aussi que l'incompétence alléguée soit soulevée in limine litis par la partie la plus diligente : c'est la deuxième dérogation apportée à la compétence de principe du tribunal arbitral. À ces dérogations légales s'ajoutent celles conventionnelles.

## 2- Les exceptions conventionnelles

En dehors des dérogations légales apportées au principe de compétence du tribunal arbitral, la convention d'arbitrage peut être privée d'effets par les parties soit tacitement soit d'un commun accord (*mutuus dissensus*).

Dans la première situation, il s'agit du cas où l'une des parties saisit la juridiction étatique tant bien même l'existence de la convention qui lui obligeait de saisir le tribunal arbitral. Si l'autre partie ne soulève pas l'exception d'incompétence, cela laisserait penser qu'elles auraient renoncé tacitement à se prévaloir de leur convention<sup>93</sup>. En effet, le juge n'a pas à relever d'office son incompétence<sup>94</sup>, il appartient aux parties de le faire et si elles ne satisfont

---

<sup>91</sup> P. Meyer Commentaire de l'acte uniforme sur l'arbitrage, in J. Issa-SAYEGH et alliés, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2e éd., 2002. p.119. cité par Francis NGUEGUIM LEKEDJI « Les compétences du juge étatique dans l'arbitrage » Université Catholique d'Afrique Centrale — Master en Contentieux et Arbitrage des Affaires 2007.

<sup>92</sup> Reims, 29 mai 2012, Rev. arb. 2012, 675, cité par BILLEMONT, « La Liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage », 2013, *LGDJ*. RD. Com. La 1re Cham. Civ. Dans une décision du 6 nov. 2013, no 11-18.709 avait retenu qu'était d'une « inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, faute, pour le litigant qui s'en prévaut, de produire devant le juge tous les documents permettant d'établir celle-ci ».

<sup>93</sup> Ch. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1975, Rev. Arb.1976, 189, note Loquin, cité par F. PIGNARRE.

<sup>94</sup> CCJA, n° 012/2005, 24 février 2005 « cette incompétence est relative puisque la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence ».

pas à cette démarche cela suppose qu'elles auraient renoncé à leur convention d'arbitrage et par conséquent la juridiction étatique sera compétente<sup>95</sup>. Dans une affaire opposant un concessionnaire d'un fonds de commerce, le concédant et le nouveau propriétaire des lieux loués, alors que le contrat de concession contenait une convention d'arbitrage, le tribunal de Cotonou a tranché le litige puisqu'aucune des parties n'a invoqué la convention d'arbitrage<sup>96</sup>. Au Sénégal, il a été jugé que « la clause compromissoire qui donne aux parties la faculté de recourir à l'arbitrage en cas de litige ne saurait entraîner l'incompétence du juge étatique lorsque l'une des parties le saisit<sup>97</sup> ». Ces deux décisions dénotent clairement que le juge peut connaître du contentieux opposant deux parties malgré que ces dernières avaient souscrit une convention d'arbitrage. La juridiction étatique aurait ainsi plein pouvoir pour statuer au fond du litige.

Dans le deuxième cas de figure, il s'agit de l'application des dispositions de l'article 97 du COCC : « le contrat ne peut être révisé ou résilié que du consentement mutuel des parties... » Ces dernières peuvent donc renoncer à leur convention d'arbitrage d'un commun accord. La Chambre commerciale de la Cour de Cassation a dans un arrêt rendu le 5 janvier 1959 estimé que « même si les règles régissant la compétence d'attribution des tribunaux ont un caractère absolu, les parties peuvent toujours d'un commun accord renoncer à la clause compromissoire »<sup>98</sup>. Ainsi par accord de volonté les parties peuvent décider de ne pas soumettre leur litige à l'arbitrage. Cette renonciation doit respecter les conditions établies pour la formation de la convention surtout s'agissant du consentement.

Étant donné que l'existence de la convention d'arbitrage exclut la compétence des juridictions étatiques à connaître du litige, il appartiendra aux parties, conformément à leur volonté, de diriger leur procédure arbitrale une fois le litige né.

---

<sup>95</sup> Article 13 al 1 et 3 « lorsqu'un litige, dont un Tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente... En tout état de cause, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence ». V. article 10 al 2 « l'instance arbitrale est liée dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres conformément à la convention d'arbitrage... ».

<sup>96</sup> Tribunal de première instance de Cotonou, n° 25, 1<sup>re</sup> Cham. Com, 2 septembre 2002, note P. Meyer.

<sup>97</sup> C.A de Dakar arrêt n° 189 du 18 février 2010 Michel Mangeot c/ SCI Point de Rencontre.

<sup>98</sup> Ch. Com. 5 janvier 1959, Bull. Civ. III, n° 1.

## **PARAGRAPHE 2 : La procédure d'arbitrage : une affaire des parties**

Le déclenchement de la procédure arbitrale est de la compétence exclusive des parties<sup>99</sup>. Celles-ci dirigent l'instance arbitrale d'après leur commune volonté. C'est la liberté des parties qui conditionne la constitution du tribunal arbitral (A) et la conduite de l'instance arbitrale (B).

### **A- La constitution du tribunal arbitral par les parties**

Il convient d'emblée de préciser qu'il existe deux modes de constitutions du tribunal arbitral : celui faite par les parties d'après leur commune volonté, c'est la constitution conventionnelle et celui par défaut, faite par le Président de la juridiction compétente, juge d'appui à la convention, lorsque les parties ne se sont pas mises d'accord sur certains points relevant de l'arbitrage ou lorsque la convention est insuffisante, c'est la constitution judiciaire. Dans le cadre de cette étude, seul celui relevant des parties méritera notre attention. La constitution conventionnelle est celle dans laquelle la volonté des parties est omniprésente et omnipotente. Elle coordonne l'ossature du tribunal arbitral.

Cette place accordée à la volonté se retrouve dans les dispositions de l'article 22 alinéa 1 du Traité qui dispose que « le différend peut être tranché par un arbitre unique ou par trois arbitres ». Et aux termes de l'article 5 AU.A, les parties sont libres de constituer le tribunal arbitral comme elles l'entendent sous réserves de quelques limites apportées par les articles 6 et 8 de l'AU. Ces limites viennent en effet compléter certains points que les parties n'ont pas tenus en compte dans la conclusion de leur convention ou si des difficultés surgissent dans la constitution du tribunal arbitral.

L'Acte Uniforme donne aux arbitres ou au Président de la juridiction compétente – juge d'appui — le pouvoir de compléter la convention. « Lorsque les parties ont prévu la désignation de deux arbitres nonobstant les dispositions de l'article 5 alinéa 2 du présent Acte uniforme, le tribunal arbitral est complété par un troisième arbitre choisi par les parties d'un commun accord. En l'absence d'accord, le tribunal arbitral est complété par les arbitres désignés ou, à défaut d'accord entre ces derniers, par la juridiction compétente dans l'Etat

---

<sup>99</sup> Voir article 10 AU. « L'instance arbitrale est pendante dès qu'une partie saisit le tribunal arbitral désigné dans la convention d'arbitrage, ou si la convention d'arbitrage ne désigne aucun tribunal arbitral, dès qu'une partie engage la procédure de constitution du tribunal arbitral ou la procédure de conciliation préalable convenue entre les parties » : article 370 NCPC Suisse.

Partie. Il en est de même en cas de nomination rendue nécessaire pour cause de récusation, d'incapacité, de décès, de démission ou de révocation d'un arbitre...<sup>100</sup> ».

Il appartient également aux parties de choisir le lieu où va se dérouler l'arbitrage<sup>101</sup>. Les arbitres sont aussi nommés et révoqués conformément à la volonté des parties<sup>102</sup>.

Cette prééminence de la volonté des parties dans la constitution du tribunal arbitral est conforme à la philosophie de l'arbitrage qui est basée dans son entièreté sur le principe de la liberté des parties, de leur autonomie<sup>103</sup>. Il faut cependant relever que certaines limites sont apportées par l'AU dans le cadre de ce processus de constitution du tribunal arbitral. Ces limites portent entre autres sur la limitation du nombre d'arbitres, le respect de la l'égalité dans la désignation des arbitres...<sup>104</sup>. La conséquence découlant du non-respect de ces deux conditions est l'annulation de la sentence arbitrale<sup>105</sup>.

Après avoir constitué leur tribunal, les parties conduisent leur arbitrage sous la tutelle de l'arbitre.

## **B- La conduite de l'instance arbitrale par les parties**

En soumettant l'instance arbitrale à la commune volonté des parties, le législateur a entendu réserver une place de choix à la volonté dans l'instance arbitrale. En effet, on peut clairement constater dans les dispositions des articles 9 à 18 de l'AU.A que la conduite de l'instance arbitrale est gouvernée par les parties. Ces dernières peuvent, aux termes des dispositions de l'article 14 de l'AU « directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix ».

---

<sup>100</sup> Article 6 al 2 et svts de l'AU.A

<sup>101</sup> Article 20 paragraphe 1 et 2 de la Loi Canadienne sur l'Arbitrage Commercial S.R.C. 1985, ch. 17 (2e suppl.) NOTE [1986, ch. 22, sanctionné le 17 juin 1986] consultée le 18 juin 2017 à 15 h 55. Cet article précise que « les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces ».

<sup>102</sup> Article 359 NCPC Suisse.

<sup>103</sup> Cassius J. S. BIADJA « Étude comparée de l'arbitrage international dans l'OHADA et en Suisse » Université de Genève, DEA 2006.

<sup>104</sup> Articles 8 et 9 de l'AU.A.

<sup>105</sup> V. article 26 AU et également la décision N° 001, rendue par la CCJA en date du 10 janvier 2002 : Juriscope.org ; [www.ohada.com/Ohadata J-02-23](http://www.ohada.com/Ohadata J-02-23).

Les règles générales admises en matière de procédure civile le sont également dans le cadre de l'arbitrage. Il en est ainsi notamment du principe du dispositif : les arbitres sont obligés de mettre en œuvre la volonté exprimée clairement par les parties dans la convention d'arbitrage. Ils ne peuvent statuer ni ultra-petita ou infra petita, ni statuer en équité ou amiable compositeur sans que les parties en leur donne l'autorisation<sup>106</sup> et du principe du contradictoire que les arbitres doivent respecter en mettant les parties sur un pied d'égalité.

Ce principe se retrouve dans les dispositions des articles 9 et 14 alinéas 7 et 8 qui prévoient que « les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits », mais également « ils ne peuvent retenir dans leur décision les moyens, les explications ou les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Ils ne peuvent fonder leur décision sur les moyens qu'ils auraient relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations<sup>107</sup> ». Le non-respect de ce principe est un motif d'annulation de la sentence.

Toutefois concernant le principe du contradictoire, il a été décidé que le caractère contradictoire d'un arbitrage n'implique pas nécessairement la comparution des parties ou de leurs conseils devant l'arbitre, en vue d'un débat oral ; il suffit que chacune d'elles ait connu les demandes et les moyens de son adversaire et ait été en mesure d'y répondre en temps utile<sup>108</sup>. La pratique de la communication à l'autre partie du dossier des plaidoiries éventuellement remis aux arbitres tend à se développer, bien que ce dossier ne puisse contenir ni pièces ni argumentation nouvelle. C'est pourquoi l'absence de communication a été estimée ne pas constituer une violation du principe du contradictoire<sup>109</sup>. Les arbitres peuvent refuser de recevoir un tel dossier sans violer le principe de la contradiction, si cette remise n'avait pas été prévue<sup>110</sup>.

En poursuivant la lecture des dispositions de l'AU consacrées à l'instance arbitrale, on se rend compte également que les parties peuvent, toujours d'après leur commune volonté,

---

<sup>106</sup> Article 15 « les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international. Ils peuvent également statuer en amiable compositeur lorsque les parties leur ont conféré ce pouvoir ».

<sup>107</sup> L'on peut également retrouver ce respect du principe d'égalité entre les parties dans la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en son article 18. Le principe de l'égalité de traitement doit être respecté depuis la phase même de constitution du tribunal relativement au choix des arbitres.

<sup>108</sup> Paris, 12 juillet 1971, Rev. arb. 1973. 74. ; Paris, 20 mai 1983, Rev. arb. 1984. 389.

<sup>109</sup> Versailles, 13 juillet 1994, Rev. arb. 1995. 495, note Jarrosson.

<sup>110</sup> Paris, 12 mars 1998, Rev. arb. 1999. 95, note Flécheux.

proroger le délai de l'instance arbitrale si des difficultés surgissent courant la procédure et empêchant aux arbitres de rendre une sentence selon le délai légal. L'article 12 évoque en effet cette possibilité en précisant que « le délai légal ou conventionnel peut être prorogé, soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'elles ou du Tribunal arbitral, par le juge compétent dans l'État partie ». Les incidences de procédure : décès en cours d'instance d'un arbitre, récusation d'un arbitre... seront régies par les parties.

En droit français, l'article 1464 al 1 du CPC énonce que les arbitres sont dispensés de suivre les règles de procédure édictées pour les tribunaux et peuvent fixer eux-mêmes les règles applicables à la procédure arbitrale si les parties n'y ont pourvu. Cependant, les arbitres et les parties ont l'obligation de respecter les dispositions d'ordre public et essentiellement les principes directeurs du procès (CPC art. 1464, Al 2)<sup>111</sup>.

En définitive, le dénominateur commun de toutes ces dispositions est la volonté. C'est logique, la volonté qui a créé la convention d'arbitrage, c'est cette volonté qui conduira l'instance arbitrale jusqu'à son extinction par le prononcé de la sentence.

Les parties donc instruisent, dirigent, coordonnent et exécutent l'instance arbitrale. Elles en sont les maîtresses. Tout se décide par elles selon leur volonté exprimée dans la convention d'arbitrage. Cette volonté expliquera également le fait que les tiers soient exclus de la procédure arbitrale.

## **SECTION 2 : L'ABSENCE DES TIERS DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE**

Cette absence résulte du caractère obligatoire de la convention d'arbitrage. Cela signifie que le contrat d'arbitrage ne produit d'effets qu'entre les parties contractantes. Il est en principe inopposable aux tiers qui ne peuvent être attirés devant une juridiction arbitrale s'ils n'ont pas personnellement renoncé à la compétence des tribunaux d'État. L'AU sur l'arbitrage OHADA ne prévoit pas la place des tiers lors d'une procédure arbitrale. Ainsi, il a été fait appel à la doctrine, mais également à d'autres législations sur ce point en vue d'éclairer la lanterne des points soulignés.

---

<sup>111</sup> Tels qu'énoncés aux articles 4 à 10, à l'article 11, alinéa 1er, et aux articles 13 à 21 du code de procédure civile, relatifs : à l'objet du litige limité aux prétentions des parties (C. Pr. Civ., art. 4 et 5) ; aux faits qu'il incombe à la partie d'invoquer et qui, s'ils ne sont pas dans les débats, ne peuvent être pris en considération (art. 6 à 8) ; aux preuves dont la charge incombe à la partie qui invoque le fait (art. 9), l'arbitre pouvant ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (art. 10. — BOLARD, Les principes directeurs du procès arbitral, Rev. arb. 2004. 511). Les parties ne peuvent cependant pas être entendues en qualité de sachant susceptibles de fournir des informations objectives (Civ. 2e, 25 mars 1999, no 95-22.173. V. également Articles 27 loi type CNUDCI et 184 al 2 LDIP.

Les idées ainsi dégagées de cette absence des tiers dans la procédure arbitrale sont d'une part l'impossibilité d'un quelconque recours contre les tiers (PARAGRAPHE 1) et d'autre part la neutralité des tiers dans la convention d'arbitrage (PARAGRAPHE 2).

### **PARAGRAPHE 1 : L'impossibilité d'un quelconque recours contre les tiers**

Il ne peut être requis contre les tiers une procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie (A) de même ils ne pourront être poursuivis devant la juridiction arbitrale (B).

#### **A- L'exclusion d'une procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie contre les tiers**

L'appel en garantie se distingue de la procédure d'Appel qui est une voie de recours de droit commun contre une décision rendue par une juridiction en premier degré. L'appel en garantie est une procédure par laquelle, une personne poursuivie devant une juridiction, estime qu'une autre personne doit lui être substituée dans les condamnations qui pourraient éventuellement être prononcées contre elle. Par l'appel en garantie, celui qui prend l'initiative de cette procédure, fait citer devant le Tribunal déjà saisi, la personne qui doit lui être substituée. Il s'agira, par exemple, de l'appel en garantie de l'assureur du conducteur d'un véhicule qui a provoqué un accident pour que la compagnie d'assurance puisse se voir opposer la décision à intervenir et que les condamnations prononcées contre l'assuré soient, en définitive, payées par l'assureur<sup>112</sup>. Cette procédure est exclue en matière d'arbitrage, sauf dans certaines situations<sup>113</sup>.

En effet, la convention d'arbitrage n'ayant de valeur qu'entre les parties avec lesquelles elle a été passée et étant inopposable aux tiers, aucun appel en garantie n'est, en principe, possible. L'appelé en garantie peut refuser d'intervenir à l'arbitrage. Cependant, il peut toujours accepter la compétence des arbitres et comparaître devant eux, toutes les clauses de la convention lui devenant alors opposables<sup>114</sup>. Toutefois, cette intervention est conditionnée par l'accord des parties à la convention d'arbitrage.

Les parties ne peuvent pas également contraindre un tiers à intervenir sans son accord dans la procédure. L'intervention forcée est incompatible avec le caractère contractuel de la convention d'arbitrage, car seule la volonté peut engager ou désengager. La volonté des

---

<sup>112</sup> Dictionnaire du droit privé de S. Braudo, [www.dictionnaire-juridique.com](http://www.dictionnaire-juridique.com) consulté le 17/06/2017 à 17 h 41.

<sup>113</sup> V. *infra* Titre 2.

<sup>114</sup> V. *infra* Titre 2.

parties est prédominante dans la procédure arbitrale. Elle se manifeste dans le pouvoir de juger des arbitres et dans la liberté des parties de régler la procédure.

Cela est compréhensible parce que les effets attachés à cette intervention se projettent sur les tiers. En effet, au cas où elles seraient d'accord pour admettre l'intervention, l'intervenant devient parti à la convention d'arbitrage donc toutes les clauses lui seront alors opposables<sup>115</sup>. C'est ce qu'avait retenu la Cour d'Appel de Paris dans l'une de ses décisions en admettant que « les règles de droit de l'arbitrage ne permettent pas d'étendre à des tiers les effets de la convention d'arbitrage et font obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie<sup>116</sup> ».

Certains auteurs voient cette exclusion comme un des inconvénients de la procédure arbitrale. En effet pour ces auteurs, par le recours à une procédure arbitrale, il y a une quasi-impossibilité de faire comparaître devant les arbitres des tiers impliqués dans le litige, mais non partis à la clause compromissoire, c'est-à-dire principalement, une impossibilité technique d'appel en garantie ou en intervention<sup>117</sup>.

Si le tiers ne peut être contraint à intervenir dans la convention d'arbitrage, il est logique également qu'il soit impossible de le citer devant le tribunal arbitral.

## **B- Le défaut de citation ou de comparution des tiers devant un tribunal arbitral**

Le tiers non parti à la convention d'arbitrage ne peut être convoqué ou cité devant le tribunal arbitral en qualité de témoin de l'affaire portée en jugement. Cette impossibilité concerne aussi bien les parties que les arbitres.

En effet, la citation à comparaître permet, par exploit d'officier ministériel, à une personne de sommer une autre à comparaître devant un juge. En droit commun, la personne citée est obligée de répondre à cette convocation sous peine d'un jugement rendu contradictoirement par défaut. L'acte doit indiquer la date, l'heure et le lieu de la convocation<sup>118</sup>. Sa réponse à la convocation déclenche la procédure contentieuse. En effet, la première chose que l'on doit faire pour commencer l'instruction du procès, c'est de mettre le défendeur dans une situation de pouvoir mener cette instruction contradictoirement avec le demandeur. Tel n'est pas le cas dans la procédure d'arbitrage où aucune personne ne peut être liée ou citée à l'instance à part

<sup>115</sup> Paris, 8 mars 2001, Rev. arb. 2001. 567, obs. Legros.

<sup>116</sup> CA Paris, 19 déc. 1986 ; Rev. Arb. 1987, p.359.

<sup>117</sup> Formation des arbitres inscrits à la CCJA et dans les centres nationaux d'arbitrage, Thème : « Le Droit de l'arbitrage OHADA » du 4 au 8 octobre 2010 par Pr Dorothé C. SOSSA et le Pr J. DJOGBENOU.

<sup>118</sup> Article 821 CPC.

les parties concernées. Si l'une d'elles saisit le tribunal arbitral, la procédure d'arbitrage est déclenchée. Les tiers sont exclus donc de toute la procédure.

L'article 374 du NCPC Suisse en son alinéa 3 dispose « l'intervention et l'appel en cause d'un tiers doivent être prévus par une convention d'arbitrage entre le tiers et les parties en litige et sont soumis à l'assentiment du tribunal arbitral ». De toute la procédure arbitrale le tiers se voit alors refuser toute garantie ou intervention. C'est dans cette logique également qu'ils demeurent neutres courant la procédure arbitrale.

## **PARAGRAPHE 2 : La neutralité des tiers dans la procédure d'arbitrage**

Face à une procédure arbitrale, relevant exclusivement de la volonté des parties, les tiers se trouvent exclus de toute immixtion ou de toute initiative tendant à fausser l'arbitrage. De ce fait les parties ne pourront pas engager la responsabilité des tiers devant le tribunal arbitral (A) parallèlement les tiers ne pourront pas formuler un recours devant le tribunal arbitral (B).

### **A- L'impossibilité d'engager la responsabilité d'un tiers devant un tribunal arbitral**

La responsabilité dont il est question ici est celle qui est civile, étant entendu que la responsabilité pénale ne peut être engagée dans les juridictions civiles a fortiori dans un tribunal arbitral. La responsabilité pénale est d'ordre public et les parties n'ont pas le pouvoir de compromettre sur les matières relevant de l'ordre public.

Il peut arriver que lors de l'exécution de la convention, donc à la survenance du litige, qu'un tiers porte atteinte aux droits des parties et par conséquent empêche la bonne exécution de la convention. Ce tiers ne pourrait être poursuivi devant le tribunal arbitral pour engager sa responsabilité. En effet, soumettre aux arbitres la possibilité de se prononcer sur la responsabilité des tiers serait aller à l'encontre de la procédure d'arbitrage qui se veut d'être une procédure conduite d'après la commune volonté des parties et conformément à leur stipulation d'une part. D'autre part, ça serait donner aux arbitres une compétence dévolue à la juridiction étatique chargée de se prononcer en matière civile pour tout contentieux opposant des privés surtout lorsque la partie attrait devant le tribunal arbitral n'a pas entendu se voir juger par une juridiction à laquelle elle n'a pas consenti à son établissement.

Réciproquement, un tiers ne pourra pas engager la responsabilité de l'une ou des parties devant le tribunal arbitral.

Le tribunal compétent est celui du lieu du domicile du défendeur. Quelle que soit sa responsabilité le tiers ne pourra être convoqué que devant la juridiction étatique. Même s'il a causé un dommage à l'une des parties ou que ses agissements ont causé la non-exécution du contrat, les parties ne pourront pas l'attirer devant la juridiction arbitrale pour engager sa responsabilité. Elles devront attendre la fin de leur arbitrage ou concomitamment à celui-ci pour engager la responsabilité du tiers qui aura par son comportement triché ou porté atteinte à la bonne exécution du contrat. L'action sera portée devant le tribunal du juge qui aurait dû être compétent à défaut de l'existence de la convention d'arbitrage.

De même que les parties ne peuvent engager la responsabilité des tiers devant le tribunal arbitral, c'est de la même manière que les tiers ne peuvent formuler un recours à la procédure d'arbitrage.

### **B- L'inaptitude des tiers à formuler un recours à la procédure d'arbitrage.**

Cela se justifie, car on ne peut formuler un recours devant une juridiction arbitrale pour un contentieux ayant sa source dans une convention à laquelle on n'a pas participé. En matière de procédure civile, cette inaptitude des tiers à formuler un recours contre la procédure d'arbitrage peut être vue comme le défaut de qualité et d'intérêt à agir. Rappelons-le, la demande devant une juridiction pour connaître d'un contentieux est soumise à ces deux conditions précitées. Si le demandeur à l'instance est dépourvu de la qualité et de l'intérêt à agir, sa demande sera déclarée irrecevable par la juridiction compétente.

Les tiers ne peuvent pas également former opposition ou appel. Cela est précisé par les articles 808 al 3 du CPC<sup>119</sup> et 25 al 1 de l'AU.A.

Toutefois, les tiers disposent d'un recours en aval de la procédure arbitrale : il s'agit de la procédure de la tierce opposition. La procédure de la tierce opposition permet au tiers de faire un recours contre la sentence arbitrale. Cette procédure trouve son pendant d'or au niveau de l'article 25 al 4 de l'AU qui dispose que « La sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition par toute personne devant la juridiction de l'Etat Partie qui eût été compétente à défaut d'arbitrage et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits<sup>120</sup> ». Nous

---

<sup>119</sup> L'article 815 du CPC permettait, avant l'adoption de l'AU.A, aux parties de formuler appel de la sentence arbitrale devant la Cour d'appel. L'article disposait que « l'appel des jugements arbitraux est porté devant les Cours d'Appel ».

<sup>120</sup> Notons que l'AU.A révisé apporte une innovation majeure. En effet, la procédure de la tierce opposition était faite devant le tribunal arbitral ayant statué sur le différend. L'ancienne version de l'article 25 al 4 disposait que « la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une tierce opposition devant le tribunal arbitral par toute personne physique ou morale qui n'a pas été appelée et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits ».

aurons l'occasion de revenir amplement sur la question lorsqu'il s'agira d'étudier la deuxième partie.

Les tiers doivent donc attendre la fin de la procédure d'arbitrage pour se voir octroyer l'opportunité de faire prévaloir leur droit ou leur réclamation contre la sentence arbitrale<sup>121</sup>.

## **Conclusion**

Le contrat est une loi gouvernée par la volonté des parties, on comprend que cette loi s'impose à elles et ne puisse avoir d'effets à l'égard des tiers. Il est logique de comprendre aussi que les tiers, les personnes qui n'ont pas participé au contrat, qui n'ont pas donné leur consentement ni conclu celui-ci, ne puissent l'invoquer à leur profit.

Ainsi de principe les effets du contrat ne peuvent se produire ni au profit des tiers ni contre eux. Ils ne peuvent être ni créanciers ni débiteurs des obligations nées du contrat. Dans la convention d'arbitrage, il n'y a pas de place pour les tiers. Ce sont les parties qui expriment, leur volonté, leur opiniâtreté. Le consentement des autres ou leur opinion ne compte pas ni dans la conclusion ni dans l'exécution de la convention.

Cependant, cette inopposabilité aux tiers de la convention, qui demeure le principe doit être atténuée dans une certaine mesure. L'inopposabilité en soi n'est pas stricte. Il arrive dans une situation ou dans une autre que les tiers soient concernés par la convention d'arbitrage, car le contrat existe aussi à l'égard des tiers. C'est pourquoi les parties peuvent opposer le contrat aux tiers et inversement les tiers peuvent opposer le contrat aux parties.

---

<sup>121</sup> Sous réserve de la demande de mesures conservatoires et provisoires au Président de la juridiction compétente.

## TITRE 2 : LES EXCEPTIONS A LA RELATIVITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Le principe de la relativité des conventions, présent dans l'article 1199 du Code civil, signifie que les tiers ne peuvent devenir créanciers ou débiteurs en raison d'un contrat auquel ils n'ont pas consenti<sup>122</sup>. Mais cela ne signifie pas que le contrat ne puisse avoir des répercussions sur eux. Certes le contrat est un accord, une entente qui prend sa source de la volonté, mais qui s'applique dans un univers social. Il a pour vocation d'être exécuté dans des conditions déterminées et par les parties et par la société<sup>123</sup>. Le respect envers la société se faisant par la loi au travers différents textes pris pour légiférer et réglementer le domaine, en imposant à chacun de ses membres le respect des bonnes mœurs et de l'ordre public dans les transactions. Ainsi le contrat est un fait social, le fait social étant défini comme « toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure »<sup>124</sup>. Le contrat, dès lors considéré comme un fait social, ne peut être ignoré par les autres, les tiers, ceux de la société, c'est-à-dire ceux-là qui n'ont pas donné leur accord lors de la conclusion du contrat, ils peuvent l'imposer ou leur être imposés.

En effet, le contrat peut étendre ses effets et conférer aux tiers un certain nombre de droits et d'obligations. En tant que fait social, il sera opposable à eux. Ces derniers ne peuvent méconnaître son existence. L'article 110 du COCC dispose en ce sens que « le contrat ne produit d'obligations pour les tiers que dans les cas prévus par la loi. Cependant, le contrat leur est opposable dans la mesure où il crée une situation juridique que les tiers ne peuvent méconnaître ». Il ne s'agit pas de les lier contre leur volonté, mais de faire en sorte qu'ils respectent le contrat en tant que phénomène social. Il crée une situation juridique qui leur est opposable.

Dans la vie courante, certaines transactions commerciales ou actes civils nécessitent de la part des tiers un certain respect ou une certaine obligation qui les oblige à se soumettre à la volonté des parties. Il en est ainsi en matière de vente d'immeuble immatriculé lorsque la transaction a fait l'objet d'une publicité, en matière de mariage et dans tous les contrats

---

<sup>122</sup> F TERRE, P.SIMLER, Y.LEQUETTE, *Précis de droit civil, les obligations*, Dalloz 10e édition, p.505, cité par Maeva ZWIRN, « Étude des voies de recours des tiers en arbitrage en droit français et en droit anglais », mémoire de Master 2 Juristes d'affaires franco-anglais, Université Paris Sud 2013-2014.

<sup>123</sup> Articles 42 et 96 du COCC.

<sup>124</sup> É. DURKHEIM, qu'est-ce qu'un fait social ? *Les Règles de la Méthode sociologique*, 1re éd. : 1894), extrait tiré du chapitre premier, in *Cahiers de Psychologie politique*, Rev. d'information, de réflexion et de recherche, source <http://lodel.irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique/index.php?id=1259>, consultée le 11/07/2017 à 10 h 56.

nécessitant une publicité pour leur validité. Dans le domaine de l'arbitrage, on peut relever des cas où la convention d'arbitrage est imposée aux tiers par les parties ou à des parties par les tiers, ou que les effets de la convention soient étendus aux tiers sans que leur consentement soit requis. Il en est ainsi en matière de procédure collective, en droit de la consommation<sup>125</sup> et du travail<sup>126</sup>, en droit des sociétés, dans le domaine des chaînes de contrats (qu'elles soient homogènes ou hétérogènes, la convention d'arbitrage est étendue aux autres parties de l'ensemble), en cas de cession de contrat ou de créance...

Ainsi, l'opposabilité du contrat au tiers est érigée au rang d'exception au principe de l'inopposabilité et de la relativité des conventions. Cette exception n'échappe pas à la convention d'arbitrage qui peut donc être opposable aux tiers (**Chapitre 1**). Les effets juridiques attachés au contrat n'échappent pas à l'environnement des tiers, ils ont des échos à leur égard.

Cette opposabilité peut également se manifester par le fait d'une extension à des tiers qui n'étaient pas initialement partie à la convention (**Chapitre 2**).

---

<sup>125</sup> Le premier contrat peut comporter une clause compromissoire impliquant le recours à l'arbitrage pour des litiges résultant de ce contrat. Ensuite, il n'y a point de clause compromissoire dans le dernier contrat où il y a le consommateur, ou il n'y a aucune mention sur l'existence de la clause. La question se pose de savoir si la clause compromissoire est également transmise. Étant donné que la convention est transmise automatiquement en cas de cession il serait logique que le consommateur soit soumis à l'arbitrage lorsque le contrat faisant l'objet de la cession contenait une convention d'arbitrage. (Cass. 1re civ., 30 mars 2004, n° 02-12.259, Bull. civ. I, n° 97; D. 2004, Jur. p. 2458, note I. Najjar; RTD Com. 2004, p. 447, obs. E. Loquin ; Rev. arb. 2005, p. 115, 1re esp., note X. Boucobza ; JCP 2005, I, 134, § 3, obs. C. Seraglini), cité par Thomas Clay « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 », Recueil Dalloz 2005 p. 3050. V. également la Jurisprudence Jaguar qui reconnaît la clause compromissoire incluse dans des contrats internationaux (CA Paris, 17 décembre 1997). Dans cet arrêt la 1re chambre a retenu que « la cour d'appel a retenu que le contrat litigieux, par lequel M. Jean-François X... avait commandé une automobile au constructeur étranger, aux termes d'une convention, signée par lui, comportant une clause d'arbitrage à Londres, clairement et lisiblement stipulée, réalisait un transfert de bien et de fonds entre la France et le Royaume-Uni ; qu'ayant ainsi retenu que ce contrat mettait en cause des intérêts du commerce international, peu important, dans les circonstances relevé par les juges, que l'achat fût destiné à l'usage personnel de M. Jean-François X..., la cour d'appel en a exactement déduit que la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ; ». Ce pourvoi opposait M. Jean-François X. c/la société V 2000, anciennement Jaguar France et la société Project XJ 220 Ltd, source [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>126</sup> Les litiges relatifs à l'exécution ou à la résiliation d'un contrat de travail sont arbitrables. Cour d'Appel Abidjan ordonnance de référé du 27 mars 2003. La Cour a procédé à la désignation d'un arbitre pour statuer sur des indemnités à la suite d'une résiliation d'un contrat de travail (Abidjan, n° 1435, 27 mars 2003 notes Meyer). V. *Infra* chap. 1 notes 129 et 130. On assiste également à la création en France du CNAT (Centre National d'Arbitrage du Travail) qui est présenté comme une structure permettant de faire face à l'allongement démesuré des procédures sociales devant certains conseils de prud'hommes. Obs. Me Hubert FLICHY, source [www.village-justice.com](http://www.village-justice.com) consultée le 18/07/2017 à 23 h 20.

## CHAPITRE 1 : LA CONVENTION D'ARBITRAGE : UNE CONVENTION OPPOSABLE AUX TIERS

Le contrat, nous le savons, est source d'obligations et de droits entre les parties. Il s'applique à elles et n'a pas d'effets à l'égard des tiers. Cependant et comme le disait M. Philippe DELEBECQUE, le contrat est une réalité, un fait social, les tiers ne peuvent pas ignorer cette réalité. Il est impossible de ne pas tenir compte de la situation objective créée par le contrat, d'où tout le sens de la disposition de l'article 1200 du Code civil<sup>127</sup>. Le contrat par conséquent est opposable aux tiers.

C'est la situation juridique née de la mise en œuvre du contrat qui est opposable au tiers en tant que fait. D'ailleurs si cette opposabilité n'existait pas la convention risquerait d'être privée d'efficacité puisque les tiers pourraient impunément méconnaître la situation juridique qui en est issue. L'opposabilité de la situation juridique fait peser sur eux une « obligation de ne pas faire », car ils sont tenus de s'abstenir de tout comportement qui pourrait faire obstacle à l'exécution de cette convention<sup>128</sup>.

En matière contractuelle, certains contrats comme le contrat de vente d'immeuble sont opposables aux tiers dès lors qu'ils ont fait l'objet de publicité. C'est la publicité de l'acte qui le rend opposable et donne aux parties le droit de contraindre les tiers à respecter leur relation contractuelle<sup>129</sup>. Ici, la sanction du défaut d'inscription des droits réels immobiliers est l'inopposabilité aux tiers. Pour d'autres ce sont les effets du contrat qui sont opposés aux tiers par les parties ou inversement. C'est le cas de l'invocabilité du contrat par les tiers pour engager la responsabilité d'une des parties contractantes ou encore de l'opposabilité du contrat par les parties au tiers bénéficiaire ou au stipulant.

---

<sup>127</sup> « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait ».

<sup>128</sup> Étude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, thèse Paris I, éd. 2004 n° 96 et s. R. WINTGEN, cité par Maeva ZWIRN, *op cit*, note 121. L'auteur entend démontrer qu'il n'existe pas à proprement parler, un principe d'opposabilité à l'égard des tiers qui obligerait ceux-ci à respecter le contrat : « si le contrat est opposable comme un fait (cela) signifie seulement que le contrat et les faits liés à sa formation ou à son exécution sont susceptibles d'être pris en compte par des règles qui y attachent des conséquences juridiques ».

<sup>129</sup> En matière de droit réel immobilier, l'article 20 de la loi de 2011-07 du 30 mars 2011, portant régime de la propriété foncière dispose à cet effet que « les droits réels énumérés à l'article 19 n'existent, ne se conservent et ne produisent effets à l'égard des tiers, qu'autant qu'ils ont été rendus publics dans les conditions, formes et limites fixées par la présente loi, sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'exécution de leur convention ».

Cette situation transposée dans la convention d'arbitrage nous laisse percevoir que certains cas d'opposition peuvent être soulignés, malgré que le principe demeure celui de l'inopposabilité. Il en est ainsi en cas de cession, de stipulation, de procédures collectives lorsque le mandataire a exécuté le contrat contenant la clause compromissoire, en droit des sociétés... Mais la matière qui attire notre attention ici, même si elle ne fera pas l'objet de notre étude, est le droit du travail. En effet, « l'arbitrage est incompatible avec les règles de droit du travail qui sont d'ordre public... » Cependant, étant donné que dans le droit du travail, il existe des droits dont on peut avoir la libre disposition (exemple le droit de rompre le contrat), cela ne devrait pas empêcher le travailleur, sans qu'il soit obligé, de recourir à l'arbitrage<sup>130</sup>. Par exemple, les litiges relatifs à l'exécution ou à la résiliation du contrat sont arbitrables<sup>131</sup>. La Cour d'appel d'Abidjan a procédé à la désignation d'un arbitre pour statuer sur des indemnités à la suite d'une résiliation d'un contrat de travail.

Au-delà de cet état de fait, il conviendrait de voir que la situation juridique née du contrat est non seulement opposable aux tiers par les parties (**section 1**), mais aussi opposable aux parties par les tiers (**section 2**).

## **SECTION 1 : L'OPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION AUX TIERS PAR LES PARTIES A L'ARBITRAGE**

La convention d'arbitrage peut être opposée aux tiers par les parties. Cette opposabilité peut intervenir de différentes manières, soit en cas de transmission des droits

---

<sup>130</sup> J. I. SAYEGH « Réflexion dubitative sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », Ohadata D-02-20. Revue Camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial, octobre 2001, p. 22.

<sup>131</sup> Cour d'Appel Abidjan ordonnance de référé du 27 mars 2003, Abidjan, n° 1435, 27 mars 2003 notes Meyer. V. dans le même sens Cass. soc. 28 juin 2005, n° 03-45.042, D. 2005, IR p. 2035; JCP 2005, I, 179, § 2, obs. J. Béguin cité par Thomas Clay, « la clause compromissoire insérée dans un contrat international de travail est valable, mais n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction compétente en vertu des règles applicables, peu importe la loi régissant le contrat de travail ». Toutefois dans le cadre des litiges opposant certains professionnels du monde du travail, la loi impose à ce que le différend soit résolu par voie d'arbitrage. Il en est ainsi dans le cadre des litiges opposant un journaliste avec son employeur (En vertu de l'article 761-5 du Code du travail, et de la loi du 29 avril 1935 instituant la Commission arbitrale des journalistes. « une commission arbitrale est obligatoirement saisie pour déterminer l'indemnité due lorsqu'un licenciement survient alors que la durée des services excède quinze années »), des professionnels du barreau (Aux termes de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 tel que modifié par l'article 71 de la loi du 10 juillet 1991, « les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier à charge d'appel devant la Cour d'appel siégeant en chambre de conseil »),... l'arbitrage dans ces différents cas est imposé à l'employeur. Ainsi l'arbitrage est possible en droit du travail.

issus de la convention (PARAGRAPHE 1), soit dans le cadre de l'exécution des droits émanant d'un contrat principal dans lequel la convention est stipulée (PARAGRAHE 2). Dans ces deux cas de figure, la convention d'arbitrage est opposée par les parties aux tiers sans que ces derniers aient la possibilité de s'en soustraire.

### **PARAGRAPHE 1 : Une opposabilité admise du fait de la transmission des droits**

« Le problème de la transmission de la convention résulte du fait qu'une personne qui n'est pas initialement partie à un contrat contenant la clause entend se prévaloir de ladite clause ou se voit opposer un tel engagement<sup>132</sup> ». C'est le cas notamment dans les chaînes de contrats translatifs de propriété, de la stipulation pour autrui, mais également dans une cession de créance ou de contrat bref dans tous les contrats où il y a une transmission d'un bien ou d'un droit. Auparavant, la Cour de cassation n'admettait pas la transmission de la clause compromissoire,<sup>133</sup> mais une évolution a été entreprise en faveur de l'arbitrage, la transmission pouvant se faire par les mécanismes légaux ou jurisprudentiels<sup>134</sup>.

La convention d'arbitrage peut alors être transmise dans le cadre d'une chaîne de contrats (B), mais peut également être transférée à son titulaire originaire, c'est-à-dire celui qui doit l'exécuter (tiers bénéficiaire) en lieu et place du stipulant et dans ce cadre de figure nous sommes en présence d'une stipulation pour autrui (A).

#### **A- Dans le cadre de la stipulation pour autrui**

Aux termes des dispositions de l'article 110 du COCC, « le contrat ne produit d'obligations pour les tiers que dans les cas prévus par la loi », et parmi ces cas nous avons la stipulation pour autrui. La stipulation pour autrui est l'une des exceptions du principe de l'effet relatif du contrat. Elle est le contrat par lequel une personne, appelée stipulant, obtient d'une autre, le promettant, qu'elle exécute une prestation au profit d'une troisième appelée bénéficiaire<sup>135</sup>.

Ce montage contractuel est simple : au départ il y a deux parties ; le stipulant et le promettant. Le premier, le stipulant s'engage au profit du tiers bénéficiaire et le second, le promettant,

---

<sup>132</sup> FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996 n° 690 et svts cités par Rithy CHEY « l'arbitrage et le contrat de consommation : le point sur l'état du droit », [www.memoireonline.com](http://www.memoireonline.com).

<sup>133</sup> Cass. Civ Ire, 6 nov. 1990, Rev. Arb. 1991.81

<sup>134</sup> Nougéin (H-J), Reinhard (Y), Ancel (P), Rivier (M-C), Boyer (A), Genin (Ph), *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec 2004 cité par R. CHEY, *ibid*.

<sup>135</sup> Lexique de termes juridiques, Valérie LADEGAILLERIE, ANAXORA, collection numérique.

s'engage à contracter avec le tiers bénéficiaire. Le stipulant et le promettant concluent un contrat de stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire. Lorsque le contrat faisant l'objet de la stipulation contient une convention d'arbitrage, la question s'était posée de savoir si celle-ci était opposable au tiers bénéficiaire ou pas.

La jurisprudence n'a pas été unanime sur la question. D'abord, elle avait retenu que le principe d'effet relatif des conventions faisait obstacle au jeu de la clause compromissoire à l'égard du bénéficiaire de la stipulation<sup>136</sup>. Ensuite, considérant que la stipulation pour autrui ne pouvait faire naître sur la tête du tiers bénéficiaire uniquement des droits sans jamais pouvoir lui imposer des obligations, la Cour de cassation a admis que celui-ci puisse seul se prévaloir de la clause compromissoire à l'égard du promettant<sup>137</sup>. Si cette solution rappelle un principe en matière de stipulation pour autrui<sup>138</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle prête à discussion. En effet, nous pensons et comme le rappelle le Professeur PIGNARRE que cette solution conduisait à un émiettement des contentieux, le promettant devant systématiquement saisir les juridictions étatiques faute de l'acceptation du tiers bénéficiaire. De plus, elle procéderait d'une analyse discutable de la convention d'arbitrage, celle-ci ne faisant, par définition jamais naître des obligations.

La haute juridiction a par la suite opéré un revirement. Elle retient désormais que « la clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui »<sup>139</sup>. Le droit du bénéficiaire naît de la stipulation et non de l'acceptation de celui-ci. L'acceptation ne fait que consolider le droit du bénéficiaire en interdisant au stipulant de révoquer le droit qu'il a fait naître. Le droit du bénéficiaire naissant dès l'accord conclu entre le stipulant et le promettant, il ne peut être ce que le stipulant et le promettant ont voulu qu'il soit. S'ils ont voulu une clause attributive de compétence ou « une clause d'arbitrage », elle doit s'appliquer au tiers bénéficiaire, ainsi que l'a admis la jurisprudence récemment<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> Com. 4 juin 1985, Rev. Arb. 1987. 139, note Goutal ; RTD civ. 1986. 593, obs. Mestre, cité par F. PIGNARRE.

<sup>137</sup> Cham. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1987, Rev. Arb 1988, 559.

<sup>138</sup> La stipulation pour autrui ne peut faire naître en principe qu'un droit au profit du tiers et ne peut créer d'obligations à sa charge.

<sup>139</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 2006, n° 03-11.983.

<sup>140</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 11 juill. 2006, Banque populaire Loire et Lyonnais c/SA Sangar : JCP G 2006, II, 10183, note C. Legros ; Rev. arb. 2006, p. 969, note Ch. Larroumet. — Contra Cass. Com, 4 juin 1985, Bisutti : Bull. civ. 1985, IV, n° 178 Rev. arb. 1987, p. 139, note J.-L. Goutal ; RTD civ. 1986, p. 593, obs. J. Mestre : clause compromissoire (arbitrage interne). La Cour de justice a également jugé que le tiers bénéficiaire d'un contrat d'assurance pouvait invoquer la clause attributive de compétence qu'il contenait (CJCE, 14 juill. 1983 : RCDIP 1984, p. 141, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1983, p. 843, obs. A. Huet). L'arrêt motivé par la protection de

Il s'ensuit que le droit dont est titulaire le tiers bénéficiaire trouve sa source dans l'accord de volontés liant le stipulant au promettant. Il apparaît dès lors cohérent que ce droit soit soumis à l'ensemble des clauses et conditions insérées dans le contrat et parmi celles-ci, nous avons la convention d'arbitrage<sup>141</sup>. Celle-ci contenue dans le contrat ne peut pas être privée d'effet à l'occasion de la survenance du litige. Le tiers bénéficiaire ne pourra pas s'en soustraire. Soit ce dernier accepte le droit tel qu'il a été configuré, soit il refuse le bénéfice de la stipulation : « le tiers ne peut pas accepter en retranchant ce qui ne lui convient pas<sup>142</sup> ». Donc la convention d'arbitrage contenue dans la stipulation est opposable au tiers bénéficiaire.

Étant opposable en matière de stipulation pour autrui, la convention d'arbitrage l'est également dans le cadre des chaînes de contrats.

### **B- En matière de chaîne de contrats**

Une chaîne contractuelle est une succession de contrats reliés par une identité d'objet. Elle est dite homogène, lorsqu'elle est constituée d'une suite de contrats qui ont une qualification identique et hétérogène quand elle est constituée d'une suite de contrats qui ont une qualification distincte. Lorsqu'une clause compromissoire est incluse dans un contrat principal et que par la suite celui-ci fasse l'objet d'un acte translatif portant sur le même objet, la question se pose de savoir si cette clause compromissoire sera appliquée au tiers bénéficiaire du contrat.

La jurisprudence retient sur ce point que dans les chaînes de contrats, la clause compromissoire est transmise automatiquement. Les décisions ayant conduit à la transmission de la convention d'arbitrage dans les chaînes de contrats sont façonnant. En effet, dans sa première conception tirée du respect de l'effet relatif des conventions et de sa force obligatoire, un contrat ne pourra lier des personnes qui n'ont pas exprimé leur consentement lors de son élaboration, de son exécution et de sa résiliation. La convention d'arbitrage ne saurait être étendue aux tiers que si ceux-ci y ont consenti expressément. La Cour de cassation a eu à le rappeler dans son arrêt rendu le 16 juillet 1992<sup>143</sup>.

---

l'assuré ne dit cependant pas que la clause pourrait être opposée à ce dernier, citée par Catherine GOLHEN, « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction ». (2<sup>e</sup> partie)

<sup>141</sup> Sur l'ensemble de ces questions voir Louis F. PIGNARRE, *op cit*, note 26.

<sup>142</sup> LARROUMET, « Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », Rev. arb. 2005. 903, cité par PIGNARRE.

<sup>143</sup> Cass. com., 16 juill. 1992; Bull. civ. 1992, IV, n° 232; Rev. arb. 1993, p. 611, note Ph. Delebecque.

Cette jurisprudence sera délaissée par la suite au profit de l'opposabilité de la convention d'arbitrage. L'arrêt Peavy s'inscrit aussi dans cette dynamique. En effet, en vertu de cet arrêt, « 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<sup>144</sup> ».

Même si elle a eu le mérite d'amorcer un pas dans la construction du nouveau principe d'extension de la convention d'arbitrage dans les chaînes de contrats translatifs de marchandises, l'arrêt Peavy n'en pose pas moins quelques difficultés d'interprétations. En effet, faut-il réserver cette jurisprudence dans les chaînes de contrats homogènes translatifs de marchandises uniquement ? Est-ce que le critère subjectif posé par cet arrêt à savoir « l'ignorance raisonnable » est raisonnablement admissible et facile à prouver ? Si cette décision permettait au tiers devenu partie de ne pas être opposé à la convention, toute la difficulté résidait au fait de pouvoir justifier de l'ignorance du contrat. Comment pouvait-on prouver l'ignorance ?

C'est la raison pour laquelle, sans doute, ce critère subjectif a été abandonné au profit de celui objectif. Et c'est l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 27 mars 2007 qui en a eu le mérite. En effet, il a été précisé dans cet arrêt 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 »<sup>145</sup>, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une succession de contrats de même nature ou de nature différente, mais ayant tous le même objet.

Ce qui est transmis c'est l'action attachée au bien. Or, cette action a été configurée par l'existence d'une clause de règlement des litiges, ce qui permet d'expliquer que la clause continue de lier le vendeur intermédiaire au vendeur originaire. Le vendeur intermédiaire ne pouvant transmettre à l'acquéreur final un droit d'action différent de celui dont il est titulaire, les clauses de règlement des litiges doivent nécessairement produire effet<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Cour. Cass. 1<sup>re</sup> arrêt du 6 février 2001, n° 98-20.776 (n° 171 FS-P+B+R).

<sup>145</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, Sté Alcatel Business Systems et autre c/Sté Amkor Technology et autres cité par Alina RYMALOVA, « L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés : Les divergences entre les approches française et allemande », publié sur le blog de l'Université Paris-Nanterre.

<sup>146</sup> Catherine GOLHEN, « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction », Procédures 2008, études 5 et 6. La violation du principe de l'effet relatif des contrats apparaît en effet moindre, voire inexistante dans le cas d'une chaîne de contrats avec transfert de propriété car le contrat est, dans ce cas, transféré aux différents participants de la chaîne conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation. La clause compromissoire est d'abord accessoire au droit d'action, c'est-à-dire au droit d'ester en justice, dont elle est une modalité (plus précisément, c'est une « convention de procédure » produisant une restriction au droit d'action, en

Il en est de même en matière de cession de contrat ou de créance. À s'en tenir aux dispositions de l'article 1321 du Code civil, « la cession de créances est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire. Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables. Elle s'étend aux accessoires de la créance... » La 2e chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt du 20 décembre 2001, sous le visa de l'article 1692 du Code civil, que « la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance »<sup>147</sup>. La cession de créances emporte transmission au cessionnaire de la clause compromissoire stipulée dans le contrat et s'impose au cessionnaire<sup>148</sup>. Elle peut être opposée par le cessionnaire au cédé et vice versa. Dans le cas d'une cession de contrat, la convention d'arbitrage ne peut être dissociée avec le contrat qui la contient. Elle suit le principe de « *l'accessorium sequitur principal* ».

Il serait logique de s'arrêter un peu et de se poser cette question : comment peut-on admettre que la convention d'arbitrage soit autonome par rapport au contrat principal, qu'elle n'est pas un accessoire de celui-ci, que la nullité affectant ce dernier n'a aucune conséquence sur l'autre<sup>149</sup> et que dans un autre contexte à savoir celui des chaînes de contrats on admet qu'elle soit transmise automatiquement sur la base du principe de *l'accessorium sequitur principal* ? C'est le principe de *l'accessorium sequitur principal* que l'on admet dans le cadre de la cession et qui est refusé en cas de nullité du contrat principal qui n'affecte pas la convention d'arbitrage. En termes autres, comme le disait Rithy Chey, « comment prétendre à la fois que la clause compromissoire est autonome par rapport au contrat qui la contient, et qu'elle se transmet avec lui à un non-signataire ? ... comment concilier en effet le caractère autonome de la clause d'arbitrage et son caractère accessoire ou dépendant ? »<sup>150</sup>

---

ce sens que ce droit ne peut être exercé que devant un tribunal arbitral ; V. E. Loquin, art. préc.). Et le droit d'action est lui-même accessoire du droit substantiel, lié au contrat de base (ce droit substantiel, visant ici à obtenir une indemnisation, semble consister en une action estimatoire dans le cadre de la garantie des vices cachés). Du fait de ce lien d'accessoire au principal de la clause compromissoire par rapport au droit substantiel, cette clause est transmise automatiquement, en d'autres termes de plein droit et sans qu'une manifestation de volonté de qui que ce soit ne s'impose, avec le droit (l'action en garantie) et le bien (la chose vendue et « ouvrée ») qui lui servent de support.

<sup>147</sup> Cour Cass, Cham. Civ 2e, du 20 décembre 2001, 00-10.806, Bull. 2001 II N° 198 p. 139. V. dans le même sens, Paris, 25 Nov. 1999, Rev. Arb, 2001. 165 notes Cohen.

<sup>148</sup> Cass. Civ 1re, 28 mai 2002, Rev. Arb. 2003.397 et Civ 1re. 5 janvier 1999 obs. Ph. Delebecque.

<sup>149</sup> *Supra* Titre 1.

<sup>150</sup> Th. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », petites affiches, 2 oct. 2003 n° 197, p. 4, n° 22 et Racine (J.-B.), « Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 2005.305, n° 13. Cité par R. Chey, *op. cit.*, note 131.

Un petit élément de réponse pourrait être avancé sans pour autant qu'il soit suffisant pour expliquer un tel état de fait. En effet, comme nous avons eu à le souligner, la convention d'arbitrage confère un droit d'action, son efficacité ne peut être mesurée qu'à l'aune de la survenance du litige pour lequel elle a été conclue, sa raison d'être est la résolution du litige. Le principe reste que la clause compromissoire est au service du droit d'action transmis et le suit en tant qu'accessoire. De plus, « ce qui compte c'est de donner à la clause d'arbitrage sa plus grande utilité, autrement dit une efficacité maximale »<sup>151</sup>. Alors, « la clause compromissoire, quoi qu'on en dise, n'est pas totalement autonome du contrat qui la contient. La clause compromissoire n'a en effet de sens que par rapport à un contrat principal. Elle est donc tout à l'inverse un accessoire du contrat principal, en ce sens qu'elle ne se conçoit qu'en sa présence. En revanche, comme a pu le démontrer M. Meyer, elle reste séparable du contrat principal en raison de son objet procédural<sup>152</sup> ».

La convention d'arbitrage, opposable dans les situations de transmission des droits et obligations, l'est également du fait de l'exécution des droits émanant d'un contrat principal.

## **PARAGRAPHE 2 : Une opposabilité admise du fait de l'exécution des droits émanant d'un contrat principal**

Lorsqu'un contrat principal contient une convention d'arbitrage et que par la suite ledit contrat principal fasse l'objet d'une exécution, naturellement, en cas de survenance d'un litige à l'occasion de cette exécution, la convention d'arbitrage trouvera lieu à s'appliquer même si des turbulences affectent le contrat principal. Ainsi dans le cadre des procédures collectives ou de relation mère filiale la convention d'arbitrage reste opposable au mandataire-liquidateur (A) et à l'ensemble du groupe de sociétés (B).

### **A- L'opposabilité de la convention au mandataire-liquidateur**

La convention d'arbitrage incluse dans un contrat liant une société est opposable à celle-ci même lorsque survient une faillite ou une procédure collective. Telle semble être la quintessence de la décision rendue par la chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt

---

<sup>151</sup> V. Racine (J.-B.), Rev. arb. 2005.305, n° 15. V. également Jean-Claude Dubarry et Eric Loquin RTD Com. 1996 p.247, Dalloz éd. 2017.

<sup>152</sup> P. MEYER, « *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire* » : Rev. arb. 1998, p. 359. - S. Bollée, La clause compromissoire et le droit commun des conventions : Rev. arb. 2005, p. 917, spéc. n° 16 et svts. - X.-Y. Litec, thèse préc, n° 12 et svts, cité par Catherine GOLHEN, *op. cit*, note 145.

du 1er avril 2015. En l'espèce, un mandataire-liquidateur avait saisi la justice consulaire pour obtenir le paiement de sommes dues par un donneur d'ordre qui avait confié à la société en difficulté des travaux de sous-traitance aux termes de quatre contrats pour lesquels des conditions particulières et des conditions spécifiques contenant une clause compromissoire avaient été établies.

La Cour d'appel va juger ces demandes irrecevables, faute d'avoir suivi la procédure d'arbitrage contractuellement convenue. Le liquidateur va alors former un pourvoi en cassation. La question à laquelle la Cour était invitée à répondre était celle de savoir si la clause compromissoire contenue dans un contrat en cours est-elle opposable au liquidateur judiciaire ?

La première chambre répond à cette interrogation par l'affirmative en retenant qu' « 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 compromissoire 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 »<sup>153</sup>. L'ouverture de la procédure collective ne fait pas échec alors à l'effet négatif de la clause compromissoire. La convention d'arbitrage demeurera efficace malgré la procédure collective.

La portée de cet arrêt est double, d'une part, il permet de délimiter le périmètre d'application de la clause compromissoire, celle-ci ne produira d'effet que lorsque le litige a 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 »<sup>154</sup>, la convention d'arbitrage redevient valable, 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 »<sup>155</sup>, tel en l'espèce, le principe est celui de l'opposabilité de cette convention aux organes de la procédure collective. Malgré l'ouverture de celle-ci, la convention continue de lier le débiteur et demeure opposable aux créanciers, aux organes de la procédure collective, et même aux éventuels repreneurs qui poursuivent le contrat contenant la clause compromissoire.

---

<sup>153</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> Cham., 1<sup>er</sup> avril 2015, n° 14-14.552.

<sup>154</sup> Cass. Civ, 26 avr. 1906 : D. 1907, I, p. 25, note Valéry) cité par Michel MENJUCQ Professeur à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne, source <http://menjucq.fr/opposabilite-de-la-clause-compromissoire-au-liquidateur-judiciaire/>, consulté le 04/08/2017 à 14 h 22.

<sup>155</sup> Cham. Com, 19 juill. 1982, n° 80-1783, Copyright 2015, Dalloz - Étudiant.

La convention d'arbitrage est, a fortiori, également valable lorsqu'elle est contenue dans des contrats conclus postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, si sa formation satisfait les conditions posées par le droit des procédures collectives.

D'autre part, il dégage les limites de l'opposabilité de la convention. En effet, la Cour de cassation fait joindre la prééminence de la clause compromissoire avec la faculté de poursuite des contrats par le liquidateur et la vérification préalable des créances par la juridiction étatique. Cela veut dire a contrario que, dès lors que le liquidateur n'a pas « usé de la faculté de poursuivre l'exécution des contrats », la clause d'arbitrage n'aura pas d'effet opposable sur lui. De plus, expressément réservés au juge de la procédure collective, certains points de la procédure ne peuvent être soumis à l'arbitrage, tels ceux relatifs à l'ouverture de la procédure collective, aux nullités de la période suspecte, aux pouvoirs de gestion du débiteur après le jugement d'ouverture, aux responsabilités particulières, aux sanctions que la loi édicte à l'encontre des dirigeants de l'entreprise. Ainsi l'arbitrage devrait être exclu si le litige était relatif aux conditions de la continuation d'un contrat en cours par l'administrateur.

Il existe donc de ce fait des situations juridiques dans lesquelles la clause peut être opposable au liquidateur et celles dans lesquelles elle ne le serait pas. Ainsi lorsque le liquidateur agit au nom du débiteur dessaisi et se substitue à lui, les engagements souscrits par le débiteur avant l'ouverture de la liquidation judiciaire, au rang desquels peut figurer une clause compromissoire, lui sont opposables, car il se substitue à une partie contractante. On trouve déjà très exactement en ce sens, relativement à une action en nullité pour dol, un arrêt de la première Chambre civile du 29 janvier 2014<sup>156</sup>. En revanche, lorsque le liquidateur judiciaire agit dans l'intérêt collectif des créanciers, comme il le fait dans le cadre d'une action en nullité de la période suspecte, il ne se substitue pas à une partie contractante. Dans une telle situation, il est donc un tiers au contrat en cause et en application du principe de l'effet relatif du contrat, les clauses contractuelles, parmi lesquelles la clause compromissoire ne lui sont pas opposable<sup>157</sup>.

Ainsi pour que la convention d'arbitrage puisse être opposable au liquidateur il faut d'abord le respect de la procédure de vérification des créances, ensuite la poursuite par le liquidateur de l'exécution du contrat contenant la clause d'arbitrage. Si la convention d'arbitrage est opposable au mandataire liquidateur qui a poursuivi l'exécution des contrats souscrits par le

---

<sup>156</sup> Cham. Civ 1re 29 janvier 2014, n° 12-29.104, Procédures n° 5, mai 2014, commentaire 145, obs. L. Weiller

<sup>157</sup> V. en ce sens Cass. Com, 14 janv. 2004, Rev. arb. 2004, p. 592, note P. Ancel cité par Laure Perrin et Candice Créminon publié le 16 novembre 2015 in « Procédure d'arbitrage et procédure collective font-elles bon ménage ? ».

débiteur, elle l'est également par extension à l'ensemble des sociétés unies par un lien interdépendant.

### **B- L'opposabilité de la convention dans le cadre d'une relation mère-filiale**

« Une filiale dont la société mère a signé une convention d'arbitrage en bénéficie même après avoir été cédée »<sup>158</sup>. Cette décision de la première chambre civile pose le principe selon lequel la convention d'arbitrage s'étend à la filiale de la société mère. En l'espèce, une personne physique cède à une société tierce les actions qu'elle détenait dans le capital de deux autres sociétés, mais conserve sa place au sein du conseil d'administration de l'une d'elles. Un an après, le cédant et le cessionnaire mettent fin à leurs relations de travail en prévoyant une clause de non-concurrence ainsi qu'une clause d'arbitrage.

La société ayant acquis les parts les a finalement cédées à un tiers. La personne susvisée a alors constitué une société concurrente. L'une des filiales l'a donc assigné devant le tribunal de commerce en réparation du préjudice né de la violation de la clause de non-concurrence. Le défendeur a invoqué l'exception d'incompétence due à l'existence de la clause d'arbitrage.

La cour d'appel de Paris a accueilli favorablement ce moyen. La Cour de cassation a alors rejeté le pourvoi formé au motif que « la cour d'appel a exactement retenu que le litige était en relation avec l'accord contenant la clause d'arbitrage ; qu'il en résulte que cette convention d'arbitrage n'était pas manifestement inapplicable, et que le juge a exactement renvoyé les parties à l'arbitrage en vertu de la règle selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer, par priorité, sur sa propre compétence »<sup>159</sup>.

Dans un arrêt récent, la Cour de cassation avait l'occasion de se prononcer à la fois sur l'extension d'une clause compromissoire et sa transmission dans le contexte des chaînes de contrat<sup>160</sup>. Ainsi, la Cour admet la transmission automatique de la clause compromissoire le long d'une chaîne de contrats et son extension aux filiales d'une société membre de la chaîne, qui avaient participé à l'opération. Cela permet d'étendre une convention d'arbitrage à des sous-contrats dans lesquels elle ne figure pas (exemple C.A Paris, 30 novembre 1988), mais aussi à des parties nouvelles, par exemple au dirigeant d'une société qui n'a pas signé la clause compromissoire<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Cham. Civ, arrêt du 30 octobre 2006, N° de pourvoi 04-11629.

<sup>159</sup> C.A Paris, 17 décembre 2003

<sup>160</sup> Cass. Civ. 1re, 27 mars 2007, Sté Alcatel Business Systems et autre c/Sté Amkor Technology et autres cité par A. RYMALOVA, *op. cit.*, note 144.

<sup>161</sup> Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, n°07-18.744 et Cham. Com, 8 novembre 2005 n° 03-14.630.

Comme souligné plus haut, ici on procède à une extension de la convention d'arbitrage aux filiales de la société mère à condition d'abord que la société ait signé la convention d'arbitrage et qu'ensuite la ou les filiales aient participé à la négociation, à l'exécution ou à la résiliation du contrat. Leur participation à l'une de ces opérations laisse présumer « leur volonté commune à la procédure<sup>162</sup> ». A contrario, lorsqu'elles ne participeront pas à ces opérations, la convention d'arbitrage ne pourra pas leur être opposée. La Cour d'appel de Paris a jugé récemment que la clause compromissoire contenue dans un contrat confidentiel est manifestement inapplicable à une filiale, tiers au contrat initial, puisqu'elle ne pouvait en avoir connaissance en raison justement du caractère confidentiel du contrat.<sup>163</sup> La limite qui est donc apportée ici est la confidentialité de la clause d'arbitrage qui apparaît comme un garde-fou de l'extension de la clause<sup>164</sup>.

En définitive, les filiales participantes à l'exécution d'un contrat, même accessoirement, sont soumises à l'arbitrage dès lors qu'il existe une clause compromissoire dans le contrat initial et même si elles n'en sont pas signataires. Le créancier ou le débiteur de ces sociétés liées par une relation de mère à filiale peut recourir à l'arbitrage pour la résolution du différend survenu à l'occasion de l'exécution du contrat. La clause d'arbitrage peut donc être opposée aux tiers qui n'ont pas participé à l'élaboration ni signé le contrat. De la même manière, les tiers peuvent opposer le contrat aux parties.

## **SECTION 2 : L'INVOCABILITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE PAR LES TIERS**

Les rapports entre les parties à un contrat et les tiers sont résumés à l'article 110 du COCC aux termes duquel « le contrat ne produit d'obligations pour les tiers que dans les cas prévus par la loi... » Cependant, la jurisprudence permet à un tiers d'élever un manquement contractuel au rang de faute délictuelle et d'obtenir ainsi réparation du préjudice causé directement par ce manquement. C'est ce qu'avait confirmé la Cour de cassation réunie en

---

<sup>162</sup> Sur la question, voir la sentence *Dow Chemical c/ Isover-Saint-Gobain* (sentence CCI du 23 septembre 1982, n° 4131).

<sup>163</sup> C.A Paris, Chambre 1, 23 octobre 2012, n° 12/04027

<sup>164</sup> Laure PERRIN et Eduard SALSAS, « L'extension de la clause compromissoire à des tiers », [http://larevue.squirepattonboggs.com/L-extension-de-la-clause-compromissoire-a-des-tiers\\_a1973.html](http://larevue.squirepattonboggs.com/L-extension-de-la-clause-compromissoire-a-des-tiers_a1973.html), rédigé le 13 février 2013. V. également en ce sens Tr. Fédéral Suisse, 19 août 2008, ATF 129 III 727, pp 735-737, E. Holding v Z Ltd., M. G. et al, Arbitrage CNUDCI, sentence finale, 24 août 2010, ASA Bulletin, 4/2011, pp. 884 – 896.

assemblée plénière dans un arrêt du 6 octobre 2006<sup>165</sup>». Mais tout récemment, la Cour de Cassation a opéré un revirement jurisprudentiel en posant comme condition à la responsabilité délictuelle des parties que le tiers prouve que le manquement contractuel est un fait constitutif de responsabilité délictuelle<sup>166</sup>.

La jurisprudence de l'Ass. Plén. est le résultat d'un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation depuis 1931. Selon cet arrêt, « si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ne peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat »<sup>167</sup>. Donc, les tiers peuvent sur le terrain de la responsabilité délictuelle obtenir des parties la réparation du préjudice qu'ils auraient subi du fait de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse du contrat qui leur a causé un dommage.

En dehors de cette responsabilité délictuelle qui peut être soulevée contre les parties au contrat ou de l'invocabilité du contrat comme preuve d'un fait, les tiers peuvent solliciter ou accepter son opposabilité. L'on peut distinguer quatre cas différents dans lesquels un tiers pourrait être impliqué dans une procédure d'arbitrage : il s'agit de l'intervention des tiers, de la jonction de procédure, de l'appel en garantie et de la consolidation. Parmi ces hypothèses, certaines sont acceptées par les tiers d'autres par les parties. Ainsi nous verrons tour à tour les initiatives voulues par les tiers et conduites par les parties (PARAGRAPH 1) et les initiatives émanant des parties et voulues par les tiers (PARAGRAPH 2).

---

<sup>165</sup> En effet, il a été admis que « 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... Cour de cassation — Assemblée plénière, 05-13.255, Arrêt n° 541 du 6 octobre 2006 ; consorts X... et autre c/société Myr'Ho SARL et autre.

<sup>166</sup> Cass. civ. 3e, 18 mai 2017, n° 16-11.203, P+B+R+I, Dalkia France c. Clinique Axiom. La Cour a dans cet arrêt retenu sur le même fondement de l'article 1382 du Code civil [devenu l'article 1240] que le seul manquement à une obligation contractuelle de résultat est impropre à caractériser une faute délictuelle, que la faute délictuelle n'était pas constatée à défaut d'avoir caractérisé en quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi-délictuelle à l'égard de la banque.

<sup>167</sup> Antonin Staub, Naoil El Farh, « L'inexécution du contrat et l'action d'un tiers », note sous Cass. Plénière, 6 octobre 2006, n°05-13.255, [http://larevue.squirepattonboggs.com/L-inexecution-du-contrat-et-l-action-d-un-tiers\\_a349.html](http://larevue.squirepattonboggs.com/L-inexecution-du-contrat-et-l-action-d-un-tiers_a349.html). V. également la Cour Cass. arrêt du 12 juillet 1991 rendu sous le visa de l'article 1165 « le sous-traitant n'étant pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, l'action en réparation intentée par ce dernier à l'encontre du premier était de nature délictuelle ».

## **PARAGRAPHE 1 : Les initiatives voulues par les tiers et conduites par les parties**

Les tiers peuvent demander à ce que la convention d'arbitrage leur soit opposable en vue de pouvoir bénéficier d'un certain avantage ou de préserver leurs droits (A), mais également pour soutenir la partie demanderesse ou défenderesse à sa prétention (B).

### **A- L'intervention des tiers**

L'intervention d'un tiers est une procédure par laquelle, un tiers souhaite intervenir dans une procédure arbitrale en vue de sauvegarder ses droits propres. L'intervention consiste pour un tiers, informé de l'existence d'un procès mettant en cause ses propres intérêts, à présenter une « demande dont l'objet est de le rendre partie au procès engagé entre les parties originaires<sup>168</sup> ». Cette intervention est dite volontaire lorsqu'elle émane du tiers lui-même et forcée lorsque le tiers est mis en cause par l'une des parties ou par le tribunal. Seule l'intervention volontaire nous intéresse ici compte tenu du point de départ de notre réflexion qui consiste à admettre que la convention d'arbitrage émane de la volonté, mais également que les parties ne peuvent imposer au tiers d'intervenir dans la procédure arbitrale.

L'intervention volontaire des tiers peut être faite principalement ou accessoirement. Elle est principale lorsque l'intervenant présente en son nom propre une demande complémentaire. Elle est accessoire lorsque l'intervention a pour but de secourir l'une ou l'autre des parties originaires dans sa prétention<sup>169</sup>.

Dans le cadre de l'arbitrage, on peut retrouver également ces deux types d'intervention des tiers. Seulement en Droit OHADA de l'arbitrage, il n'est pas tenu en compte cette possibilité donnée à un tiers de pouvoir intervenir dans une procédure arbitrale, il nous faut donc faire appel à un autre système dans lequel elle est admise. Cette quête nous fera parvenir jusqu'aux Pays-Bas, un État dans lequel il a été admis depuis 1986, avec la loi hollandaise portant sur l'arbitrage, la possibilité pour un tiers d'intervenir dans la procédure arbitrale<sup>170</sup>. Cette procédure est insérée dans les dispositions du Code de procédure civile (articles 1020 à 1076)<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> Article 66 alinéa 1 CPC Français.

<sup>169</sup> Cf. articles 329 et 330 du CPC français.

<sup>170</sup> Nous avons également vu qu'en droit anglais (Royaume-Uni), le Contract Act de 1999 prévoit également l'intervention d'un tiers dans la procédure arbitrale. V. Section 1 et 8 de ladite loi.

<sup>171</sup> Cette loi a fait l'objet d'une révision le 1er janvier 2015. Les nouvelles règles sur l'arbitrage néerlandais sont tout à fait conformes avec celles de la CNUDCI.

Si l'on s'en tient aux dispositions de l'article 1045 du Code précité, cette intervention doit obéir à un certain nombre de conditions. En effet, l'intervention du tiers ne peut être possible que si celui-ci adhère d'abord à la convention d'arbitrage qui lie les parties. L'article 1045 dispose que « le tribunal arbitral ne peut autoriser ..., l'intervention ... que si, les parties ayant été entendues, le tiers a adhéré à la convention d'arbitrage par convention écrite avec les parties ». Si l'une des parties ne souscrit pas à cette convention, le tiers ne peut pas devenir partie à la procédure arbitrale. Dans la pratique rare sont les parties qui consentent à une telle convention lorsque, au cours d'une procédure arbitrale, un tiers demande à s'y joindre ou à y intervenir<sup>172</sup>.

Ensuite, le tiers doit présenter une demande écrite au tribunal arbitral, indiquant qu'il a « un intérêt quelconque » dans l'arbitrage. Le tribunal est obligé d'envoyer dans le plus bref délai une copie de la demande aux parties<sup>173</sup>. Cette disposition nous démontre clairement qu'un tiers peut intervenir volontairement dans une procédure arbitrale.

S'il est vrai que l'un des mérites de l'intervention volontaire est de permettre au tiers de préserver ses droits lorsque ceux-ci se sentent menacer par les parties, il n'en demeure pas moins qu'il existe des obstacles tenant au caractère contractuel, mais aussi confidentiel de l'arbitrage. En effet, autoriser un tiers à participer à la procédure d'arbitrage peut être en contradiction avec ces principes. Cela implique que le tribunal arbitral examine les prétentions des tiers alors même que la convention leur donnant légitimité à rendre une sentence arbitrale ne le prévoit pas à l'origine. Il est dès lors certain que les personnes qui sont intervenues à l'instance avec l'accord de toutes les parties doivent se voir opposer la sentence<sup>174</sup>. De plus, il faut que le tiers soit informé de l'existence de l'arbitrage. Il faut que le tiers ait non seulement connaissance de l'existence du litige, mais aussi de l'existence d'une instance arbitrale visant à résoudre ce litige et enfin de l'éventuel préjudice qu'il pourrait subir du fait de la sentence arbitrale. Pourtant, cette intervention peut être réellement porteuse de sens si l'on considère que l'objectif des parties, en choisissant l'arbitrage comme mode de résolution de leur différend, a été de garantir l'efficacité et l'exécution de la sentence<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> J. L. DELVOLLE « L'arbitrage et les tiers: III. — Le droit de l'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, (Comité Français de l'Arbitrage 1988 Volumes 1988 Issue 3) pp. 501 — 556 obs. M. A.J. VAN DEN BERG.

<sup>173</sup> Article 1045 Paragraphe 1 CPC Néerlandais.

<sup>174</sup> La jurisprudence refuse à la caution le droit d'intervenir volontairement à l'instance arbitrale, à moins de recueillir l'accord de toutes les parties à l'instance, Paris, 8 mars 2001, *Rev. Arb.* 2001, p.567, obs. C. LEGROS,

<sup>175</sup> M. ZWIRN, « Étude des voies de recours des tiers en arbitrage en droit français et en droit anglais », *op. cit.* note 121.

L'intervention du tiers serait ainsi un moyen d'éviter que des revendications contre la mise en œuvre de la sentence arbitrale ne viennent perturber l'efficacité de la justice arbitrale, mais également constitue un moyen de protection préalable des tiers pour la sauvegarde de leurs intérêts. Le tiers devient partie à la procédure arbitrale et que toutes les clauses de la convention d'arbitrage, librement acceptées par lui, lui deviennent opposables. L'AU.A devrait à notre sens prévoir un tel mécanisme en vue de contribuer à l'efficacité de la convention, mais également de la sentence qui sera rendue pour qu'elle ne souffre pas de recours des tiers qui risquent de paralyser la justice arbitrale.

Ceci étant dit l'intervention n'est pas la seule possibilité donnée au tiers d'intervenir dans la procédure arbitrale, la jonction du tiers étant une autre faculté.

### **B- La jonction d'un tiers**

D'emblée il faudrait préciser qu'il existe une différence entre jonction de procédure et jonction de tiers. Dans la jonction de procédure, on procède à une fusion des procédures pendantes liant les mêmes parties ou ayant le même objet de litige, ceci pour éviter des sentences disparates ou contradictoires<sup>176</sup>. Tandis que dans la jonction d'un tiers, celui-ci souhaite se joindre à une procédure arbitrale pour soutenir la position de la demanderesse ou de la défenderesse. Cette procédure peut s'apparenter à une intervention volontaire accessoire telle que le prévoit l'article 330 du CPC français.

L'article 330 dispose en effet que « l'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie. L'intervenant à titre accessoire peut se désister unilatéralement de son intervention ».

On permet donc à un tiers de faire une jonction pour aider ou appuyer l'une des parties à la procédure arbitrale dans sa prétention ceci en vue de permettre une bonne organisation de la procédure, mais également pour pouvoir permettre aux arbitres dans leur sentence de tenir en compte tous les paramètres que regorgent le contentieux en vue de statuer en bon droit. Les conditions précitées à l'article 1045 concernant l'intervention d'un tiers sont les mêmes s'agissant de la jonction d'un tiers. La loi néerlandaise sur l'arbitrage ayant regroupé dans une

---

<sup>176</sup> V. *infra* paragraphe 2.

même disposition l'intervention, la jonction d'un tiers et l'appel en garantie que nous verrons plus tard<sup>177</sup>.

En plus des initiatives émanant des tiers et voulues par les parties, les tiers peuvent s'immiscer dans la procédure arbitrale sur invite des parties à moins toujours que les tiers aient accepté de se joindre à la procédure.

## **PARAGRAPHE 2 : Les initiatives émanant des parties et voulues par les tiers**

Les parties peuvent convier le tiers a participé à la procédure arbitrale ceci à travers l'appel en garantie (A) et la consolidation ou jonction de procédure (B).

### **A- L'appel en garantie**

L'appel en garantie est la procédure par laquelle une partie à l'instance arbitrale intente une action envers un tiers et qui vise à rechercher contre ce tiers une condamnation, permettant ainsi au défendeur principal d'être indemnisé par ce tiers de la condamnation qui pourrait être prononcée contre lui par jugement final sur la demande principale<sup>178</sup>. L'appel en garantie permettrait à deux parties en procédure d'arbitrage de faire joindre à l'instance un tiers, aux fins de garantie.

En matière procédurale, deux conditions sont requises pour qu'un appel en garantie soit recevable. Il faut qu'il y ait un lien de droit entre le demandeur et le défendeur en garantie et un lien de connexité entre l'appel en garantie et l'action principale. L'appel en garantie concerne le jugement à intervenir et permet de partager les responsabilités entre la partie qui fait l'appel et l'appelé.

Une partie assignée en justice est en droit d'appeler une autre en garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre elle, une telle action ne supposant pas que l'appelant en garantie ait déjà indemnisé le demandeur initial<sup>179</sup>. Il existe deux sortes d'appel en garantie : l'appel en garantie simple, qui vise à permettre l'intervention du garant lors d'une demande

---

<sup>177</sup> Article 1045 « Le tribunal arbitral ne peut autoriser la jonction, l'intervention ou l'appel en garantie que si, les parties ayant été entendues, le tiers a adhéré à la convention d'arbitrage par convention écrite avec les parties ».

<sup>178</sup> Claude CHAMPAGNE « *TIERS ET PROCÉDURE* », Juge à la Cour supérieure du Québec, Journées internationales Henri Capitant Panama 2015, BULLETIN ASSOCIATION HENRI CAPITANT Section Québécoise, [www.HenriCapitant.ca, http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/tiers\\_procedures\\_2015/quebec3.pdf](http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/tiers_procedures_2015/quebec3.pdf)

<sup>179</sup> Cham. Civ. 3<sup>e</sup>, 4 novembre 2010, pourvoi n°09-70235, BICC n° 737 du 1er mars 2011.

formée contre le garant et l'appel en garantie formelle, qui vise à permettre l'intervention du garant lorsque la demande formée contre le garant est une action réelle.

Ainsi, lorsque l'une des parties à l'instance arbitrale estime qu'un tiers devrait être appelé devant le tribunal pour répondre des faits qu'il aurait commis de son propre chef, en ses lieux et places, elle peut demander à ce tiers de répondre devant le tribunal arbitral<sup>180</sup>. C'est une exception à la règle qui voudrait que le tiers ne soit pas appelé devant le tribunal arbitral en raison du caractère conventionnel de la convention d'arbitrage. Dans la procédure, l'appelé est convoqué soit par l'une des parties soit par le tribunal arbitral. L'autre partie doit accepter à ce que le tiers se joigne à cette procédure en tant que garant. Si elle refuse ou si le tiers appelé refuse, l'appel en garantie ne pourra pas produire d'effets. L'acceptation à rejoindre la procédure arbitrale doit être donnée par les parties, le tiers et les arbitres composant le tribunal arbitral. L'accord de ces derniers est requis étant donné qu'à travers l'appel en garantie, il leur est confié une nouvelle tâche qui n'était pas prise en charge lors de leur acceptation pour composer le tribunal arbitral.

A côté de l'appel en garantie comme possibilité d'opposabilité du contrat par les tiers, nous avons la jonction de procédure.

## **B- La consolidation ou jonction de procédure**

La consolidation ou jonction de procédure arbitrale pourrait s'entendre de toute hypothèse dans laquelle « des affaires connexes ou indivisibles, quoique soumises à des procédures arbitrales différentes, sont unifiées devant le même tribunal arbitral, habilité à juger le litige dans sa globalité »<sup>181</sup>. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle, la demanderesse ou la défenderesse souhaite que son arbitrage soit joint à un autre arbitrage, en considérant que les objets de ces deux arbitrages sont connexes. L'une ou les deux parties au second arbitrage ne peuvent être les mêmes que celles du premier arbitrage, ce qui signifie que, selon le cas, l'une ou les deux parties au second arbitrage sont des tiers à l'égard du premier.

Il ne peut manquer que dans la vie des affaires qu'il ait ces genres de montage juridiques où les différents acteurs économiques sont liés les uns aux autres par différents contrats interdépendants les uns des autres. Il serait préférable qu'en cas de litige dans ces genres de situation que l'on procède à un arbitrage unique, car en cas d'arbitrage séparé on risque de se retrouver avec des décisions contradictoires, mais cela supposerait au préalable l'existence

---

<sup>180</sup> Cf. article 1045 du CPC Néerlandais.

<sup>181</sup> Définition donnée par E. LOQUIN, note sous Versailles, 7 mars 1990, *Sofidis*, Rev. arb. 1991, p. 326 et svts. spé. p. 339. Publié par l'Association française d'Arbitrage AFA « la consolidation d'arbitrage connexe ».

d'une clause d'arbitrage multipartite. En effet, la pratique de l'arbitrage montre que les parties en litige sont de plus en plus multiples, que le différend concerne plusieurs contrats de sorte que plusieurs conventions d'arbitrage sont potentiellement applicables concurremment. Il en résulte un contentieux dans le contentieux qui risque de paralyser l'avancement des procédures et donc la solution du contentieux<sup>182</sup>.

C'est un palliatif pour éviter tous les inconvénients d'arbitrages successifs, mais de limiter les risques, notamment les risques de contrariété de décision par une coordination des diverses clauses compromissaires, contenues respectivement dans le marché principal, les marchés de sous-traitance, les marchés de fournitures, etc.

L'article 1046 du CPC néerlandais relatif à l'arbitrage dispose que « *in respect of arbitral proceedings pending in the Netherlands, a party may request that a third person designated to that end by parties order consolidation with other arbitral proceedings pending within or outside the Netherlands, unless the parties have agreed otherwise. In the absence of third person designated to that end by the parties, the provisional relief judge of the district court of Amsterdam may be requested to order consolidation of arbitral proceedings pending in the Netherlands with other arbitral proceedings pending in the Netherlands, unless the parties have agreed otherwise...* ».

Si le tiers accepte la jonction d'instance, la convention d'arbitrage ainsi que la sentence lui seront opposables. Dans la pratique, des difficultés peuvent survenir à l'occasion de la jonction de procédure. Il en est ainsi s'agissant de la désignation des arbitres, de la loi applicable à la procédure, du choix de l'arbitrage (arbitrage ad hoc ou institutionnel), mais la difficulté majeure demeure le consentement. En effet, le fondement de l'arbitrage est la volonté des parties, matérialisée dans une convention, laquelle convention est acceptée par les parties et qui a une force obligatoire qu'à leur égard. On s'est ainsi demandé si le fait d'admettre la jonction d'instance arbitrale ne revenait pas à remettre en cause ou de fragiliser la sentence qui sera rendue en privant le tribunal arbitral de son fondement contractuel ? La composition également du tribunal arbitral serait aussi fragilisée à moins que toutes les parties intervenantes à la jonction se mettent d'accord sur le choix des arbitres.

Ces difficultés font douter de la possibilité de joindre deux instances arbitrales. C'est ainsi qu'il a été proposé, en cas d'impossibilité de jonction, de procéder à la coordination des procédures. Chaque fois que plusieurs demandes sont présentées qui concernent toutes des faits identiques ou leurs conséquences, il nomme le même tiers arbitre dans les différentes

---

<sup>182</sup> J. L. DELVOLVE, *op. cit.* note 171.

affaires, si, bien entendu, elles ne peuvent être jointes. C'est l'assurance pour tous d'une coordination entre les différents arbitrages. Il recommande en outre à ce tiers arbitre, de rechercher l'accord de ses collègues des différents collèges arbitraux et des parties pour mener une instruction commune à l'ensemble des affaires<sup>183</sup>. En tout état de cause la loi néerlandaise sur l'arbitrage pose une exception à la jonction. Il faut que toutes les parties soient d'accord sur la jonction. Lorsque le consentement de l'une d'elles fait défaut on ne peut procéder à la jonction, car rappelons-le, l'arbitrage est fondé sur la volonté des parties et la jonction de procédure arbitrale permet de satisfaire au principe d'efficacité et d'abaissement des coûts de l'arbitrage.

Lors d'une procédure d'arbitrage conjoint, en cas de jonction partielle, les tribunaux arbitraux doivent suspendre les arbitrages qui sont pendants devant eux. Par la suite, le tribunal arbitral désigné pour l'arbitrage conjoint mène la procédure et rend une sentence qu'elle doit envoyer aux autres tribunaux arbitraux concernés. Après la réception de cette sentence, ceux-ci reprennent les procédures pendantes devant eux. La loi dispose expressément que les autres tribunaux « statuent en se conformant à la sentence rendue dans l'arbitrage conjoint<sup>184</sup> ».

### **Conclusion partielle**

Même si de principe le tiers est inopposable à la convention d'arbitrage, il peut néanmoins se prévaloir de ladite convention ou être opposé par les parties. La convention est opposable au tiers par les parties ou opposable par les parties au tiers. Ce raisonnement a permis de distinguer le thème de la force obligatoire du thème de l'opposabilité que nous avons évoqué plus haut.

Ainsi, la convention d'arbitrage peut étendre ses effets sur les tiers, ceci par différents mécanismes. Certains sont communs à la matière contractuelle (cession de contrat ou de créance et stipulation pour autrui), d'autres sont spécifiques à l'arbitrage. Il en est ainsi de l'intervention volontaire, de la jonction de procédure, de l'appel en garantie, et de la jonction d'un tiers. Plusieurs de ces cas d'opposabilités ne sont pas prévus par l'AU.A, il serait commode selon nous de prévoir dans l'AU ces différentes possibilités qui s'offrent au tiers

---

<sup>183</sup> F. ARRADON, « Vues sur mer : la jonction de plusieurs affaires », *Gazette de la Chambre*, Hiver 2003-2004, n° 3, cité par O. CACHARD, « Aspects procéduraux des litiges relatifs à la construction navale : Jonction et Intervention volontaire ou forcée », *International Congress of Maritime Arbitrators* 13–18 May 2012.

<sup>184</sup> Sur l'ensemble de la question en matière de jonction de procédure, V. DELVOLVE, *op. cit.* note 171.

afin qu'il puisse faire prévaloir ses droits en amont de la sentence ceci pour éviter des répercussions négatives sur les tiers ou des difficultés d'exécution de la sentence, car la seule procédure prévue, pour les tiers dans le droit de l'arbitrage OHADA, est la tierce opposition<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> *Infra* Chap. 2

## CHAPITRE 2 : L'EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DANS LES GROUPES DE CONTRATS

S'il est vrai que la convention d'arbitrage ne peut lier que les parties contractantes sans pour autant avoir des incidences sur les tiers, il peut arriver que cette convention soit étendue à l'ensemble des parties ayant concouru à la réalisation du contrat. Il en est ainsi dans les groupes de contrats.

En effet, on distingue deux types de groupes de contrats : les chaînes de contrats et les ensembles contractuels. Une chaîne contractuelle est une succession de contrats reliés par une identité d'objet. Elle est dite homogène, lorsqu'elle est constituée d'une suite de contrats qui ont une qualification identique et hétérogène quand elle est constituée d'une suite de contrats qui ont une qualification distincte. Tandis qu'un ensemble contractuel est une articulation de différents contrats autour d'un même but, économique ou juridique<sup>186</sup>. Ces contrats poursuivent la réalisation d'une opération unique.

Une distinction doit être faite lorsqu'il s'agit de traiter de l'extension de la convention d'arbitrage. En effet, on ne peut parler d'extension de la convention d'arbitrage que dans le cadre des ensembles contractuels, liés par la réalisation d'une opération unique et dans lesquels tous les contractants sont considérés comme étant des parties originaires à l'acte, on ne parlera pas de tiers au sens premier du terme, mais plutôt de tiers-parties. La transmission de la convention d'arbitrage se faisant dans les chaînes de contrats<sup>187</sup>. Ainsi, même si les chaînes de contrats ont déjà fait l'objet d'une étude intégrale<sup>188</sup>, il n'en demeure pas moins que nous ferons référence à certains éléments qui prêteront à discussion ou serviront d'exemples.

---

<sup>186</sup> Aurelien BAMDE, <https://aurelienbamde.com/2017/07/29/groupes-de-contrats-le-regime-juridique-des-ensembles-contractuels-indivisibilite-et-interdependance/>.

<sup>187</sup> La jurisprudence admet, de manière générale, la transmission de la convention d'arbitrage à chaque fois que les droits nés du contrat principal font l'objet d'un acte translatif, donc de l'hypothèse des chaînes de contrats. En cas de transmission de la convention, les cessionnaires sont des tiers à la convention initialement conclue. Ils sont tenus à la convention par la qualité d'ayants cause. Louis F. PIGNARRE, « la convention d'arbitrage », chap. 2 : les effets de la convention d'arbitrage.

<sup>188</sup> V. *supra* Chap. 1 Titre 2.

L'extension de la convention d'arbitrage peut se faire de deux manières : soit *rationae personae*, qui emporte addition de personnes soit *rationae materiae*, qui emporte application à des litiges trouvant leur source en dehors du contrat qui la contient<sup>189</sup>.

Dans leur relation d'affaires, certaines entreprises ou personnes physiques peuvent avoir des liens économiques ou juridiques qui sont interdépendants les uns des autres ou qui portent sur le même objet. Si dans l'une de ces situations, il a été conclu une convention d'arbitrage introduite dans le contrat initial, la question se pose de savoir si cette convention pourra être appliquée aux autres contractants de l'ensemble. C'est tout le sens de la question de l'extension de la convention d'arbitrage dans les groupes de contrats.

L'extension de la clause compromissoire dans les ensembles contractuels est l'une des plus délicates questions du droit de l'arbitrage. Cela résulte principalement de la complexification des relations d'affaires et de l'accroissement des intervenants dans les contrats. Surmontant l'obstacle conforme aux principes de la force obligatoire du contrat et de son effet relatif, constitué par la règle selon laquelle la clause compromissoire n'est applicable qu'à des parties qui y ont consenti, et qu'à propos d'un litige relatif au contrat pour lequel elle a été stipulée, la jurisprudence hésite de moins en moins à procéder à l'extension de cette clause, tantôt la Haute juridiction retient l'opposabilité de la convention d'arbitrage aux tiers<sup>190</sup>, tantôt elle la rejette<sup>191</sup>. Face à cette incertitude, ce qui est certain et qui constitue la tendance des affaires, c'est que la convention d'arbitrage est opposable aux contractants d'un ensemble (**section 1**). Cette opposabilité relève d'une forte construction jurisprudentielle. Toutefois, quelques tempéraments peuvent être soulignés (**section 2**).

## **SECTION 1 : L'OPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DANS LES ENSEMBLES CONTRACTUELS**

L'extension de la convention d'arbitrage à des sujets ou parties qui ne l'ont pas signée initialement constituée, sans aucun doute, l'un des sujets les plus intéressants et fondamentaux

---

<sup>189</sup> Lucille Roger-Imbert, « La transmission de la clause compromissoire par cession de créance envisagée différemment en France et en Italie depuis l'arrêt de la Cour de cassation italienne n°13893 du 19 septembre 2003 », soumis par Philippe Guez in *MBDE / Arbitrage et ADR*, le 11 avril 2008.

<sup>190</sup> Cass. Com., 25 nov. 2008, n° 07-21.888, FS P+B+R, Sté Les Pains du Sud et a. c/ Sté Spa Tagliavini et autres *JurisData* n° 2008-045995.

<sup>191</sup> Cass. com., 16 juill. 1992; *Bull. civ.* 1992, IV, n° 232; *Rev. arb.* 1993, p. 611, note Ph. Delebecque, V. également C.A Paris, 8 déc. 1988 : *Rev. arb.* 1990, p. 150, note C. Jarrosson.

du florissant monde de l'arbitrage contemporain et, notamment, de l'arbitrage international<sup>192</sup>. En effet, il était difficilement concevable qu'un arbitrage puisse être imposé à des tiers non-signataires de la convention. Par la suite, à travers plusieurs décisions surtout celles rendues par la CCI<sup>193</sup>, l'on admet désormais la possibilité d'une extension de la convention d'arbitrage dans les ensembles contractuels.

L'un des arrêts fondateurs du phénomène d'extension de la convention d'arbitrage est l'affaire *Clunet*, où la CCI a condamné une partie qui n'avait pas souscrit la convention d'arbitrage, sur le fondement que « la volonté de cette dernière ressortait des correspondances produites au dossier et de l'esprit de l'ensemble des accords dans lesquels s'inséraient les contrats contenant la clause d'arbitrage<sup>194</sup> ». Mais c'est l'affaire *Dow Chemical*<sup>195</sup> qui a eu le mérite de poser une base claire et précise de cette extension de la convention d'arbitrage aux autres parties de l'ensemble qui ont participé à l'opération. Les juridictions étatiques vont de même poursuivre cette voie de l'extension de la convention d'arbitrage, ce à travers un ensemble de décisions que nous aurons à voir tout au long de ce chapitre<sup>196</sup>.

Toutefois, même si ces décisions ont eu le mérite d'amorcer des pas importants qui vont poser les nouveaux jalons du phénomène d'extension de la convention d'arbitrage en matière internationale, mais aussi interne, ces solutions n'en posent pas moins quelques controverses (PARAGRAPHE 2) même si la tendance aujourd'hui, est l'extension de la clause d'arbitrage (PARAGRAPHE 1).

## **PARAGRAPHE 1 : Une tendance du monde des affaires**

La circulation de la convention d'arbitrage à l'intérieur du maillon qu'est l'ensemble contractuel et par ricochet son extension aux autres contractants est l'une des principales raisons de l'opposabilité de la convention aux tiers-parties, ceci en vue d'assurer une plus grande efficacité de la convention d'arbitrage. C'est logique, il faut accorder à la convention une plus grande efficacité étant entendu, qu'elle est une clause de résolution de différend et qu'elle a pour objet de résoudre ce différend né entre les parties.

---

<sup>192</sup> J. P. C. DELCASSO, « La clause d'arbitrage et son extension à des parties non-signataires en arbitrage interne et international », publié dans la Gazette du Palais, n° 359/362, 2013, pp 7-12, [www.memoireonline.com](http://www.memoireonline.com)

<sup>193</sup> On peut citer par exemple l'affaire *Westland* n° 3879/1984, également CCI affaire n° 8910 rendue en 1998, l'affaire *Dow Chemical*...

<sup>194</sup> CCI affaire n° 2375 de 1975, *Clunet*, 1976.973 et affaire n° 1434 de 1975, *Clunet*, 1976.978, cité par DELCASSO, *op. cit.*, note 191.

<sup>195</sup> CCI 23 septembre 1982, n° 4131 *Dow Chemical c/ Isover-Saint-Gobain*, *infra* Parag. 1

<sup>196</sup> C.A Paris, 26 nov. 1986, *Sponsor c/ Lestrade*, CA Paris, 30 novembre 1988, *Korsnas Marma c/Sté Duranz-Auzias*, CA Paris, 31 oct. 1989, *Kis France c/ Société Générale*.

C'est la raison pour laquelle, l'extension de la convention dans les ensembles contractuels plus particulièrement dans les groupes de sociétés est retenue de manière quasi automatique par la jurisprudence (A), car justifié par le désir de faire circuler la convention d'arbitrage (B).

### **A- L'extension quasi automatique de la convention d'arbitrage**

L'étude de l'opposabilité de la convention par extension dans les groupes de sociétés puis celle de l'extension par interprétation du juge constitueront les deux points à développer.

#### 1- L'extension de la convention d'arbitrage par interprétation

Les juges ont souvent tendance à étendre l'objet de la convention à des litiges nés d'autres contrats ou à procéder à une interprétation extensive. En effet, s'agissant du premier, lorsque des parties en relation habituelle concluent plusieurs contrats d'une nature proche de celle d'un contrat précédent qui contient une clause compromissoire, la jurisprudence étend celle-ci aux litiges nés des contrats ultérieurs qui ne la réitèrent pas. La solution est fondée sur l'idée selon laquelle les parties ont implicitement consenti au renouvellement de la convention d'arbitrage<sup>197</sup>.

Dans le second cas, ils n'hésitent pas à retenir une interprétation extensive de la convention d'arbitrage lorsque celle-ci est stipulée au sein d'un contrat indivisiblement lié à d'autres. On parlera alors d'extension *ratione materiae* de la convention. La Cour d'appel a ainsi pu estimer qu'« à les supposer juridiquement indépendants, deux accords successivement conclus à quelques semaines d'intervalle et qui concernaient la vente et la reprise entre les mêmes parties d'une même marchandise ont constitué à l'évidence des conventions complémentaires ou à tout le moins connexes ; [...] que la volonté implicite des parties a été nécessairement d'étendre les effets de la clause compromissoire à l'ensemble du contentieux aux composants indissociables pouvant survenir à propos de leur situation ». Ce qui est recherché désormais, en dehors de la commune intention des parties de se voir étendre l'objet de la clause compromissoire<sup>198</sup>, c'est si les tiers n'ont pas par leurs agissements ou leur participation à l'élaboration, à l'exécution et à la réalisation du contrat manifestés leur volonté de participer à l'opération et donc par ricochet se voir appliquer la convention d'arbitrage.

---

<sup>197</sup> Paris, 18 mars 1983, Rev. arb. 1983. 491, obs. Robert cité par Louis F. PIGNARRE *op cit.* Titre 1.

<sup>198</sup> Sur l'ensemble de la question, voir Louis F. PIGNARRE Chap. 2 effets de la convention d'arbitrage, paragraphe 138 et svts. *op cit.* Titre 1.

Leur participation à l'une de ces opérations laisse présumer « leur volonté commune à la procédure<sup>199</sup> ».

Opposable par interprétation du juge, la convention d'arbitrage l'est également dans le cadre des groupes de sociétés.

## 2- L'extension de la convention d'arbitrage dans les groupes de sociétés

Comme nous avons eu à le voir précédemment, l'arrêt fondateur du principe de l'extension de la convention d'arbitrage est la sentence Dow Chemical rendue par la CCI le 23 septembre 1982 et confirmée par la C.A de Paris en 1983, où on a retenu l'extension de la convention d'arbitrage aux autres membres composant le groupe de société<sup>200</sup>. Puis six ans après cette sentence, la Cour d'Appel de Paris a pu à son tour faire sienne de l'extension de la convention d'arbitrage à des parties non-signataires, à travers deux arrêts. L'un en 1988 et l'autre en 1989. Dans ces deux arrêts, la C.A a retenu 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 »<sup>201</sup>. Dès lors, la simple connaissance de l'existence de la clause la rend automatiquement opposable aux tiers, qui supporteraient, éventuellement, la charge de renverser cette présomption. Il s'agit ici de l'extension *ratione personae* de la convention.

Tant bien même, l'extension de la convention dans les ensembles contractuels connaîtra un essor à partir de 2008. En effet, par une décision de la Cour de cassation rendue le 25 novembre 2008, la Chambre commerciale reconnaît l'extension d'une clause compromissoire en dehors du strict domaine contractuel dans lequel elle a été insérée, dans un ensemble de contrats. En l'espèce, la Cour de cassation avait retenu que « la clause compromissoire, en raison de son autonomie à la convention principale n'est pas affectée par l'inefficacité de cet acte, de sorte que la Cour d'Appel n'était donc pas tenue de rechercher si la nouvelle vente

---

<sup>199</sup> Sentence CCI du 23 septembre 1982, n° 4131 Dow Chemical c/ Isover-Saint-Gobain, *op. cit.* note 161.

<sup>200</sup> Sentence CCI du 23 septembre 1982, n° 4131, confirmée par la cour d'appel de Paris, C.A Paris, 21 octobre 1983.

<sup>201</sup> C.A Paris, 30 novembre 1988, Korsnas Marma c/Sté Duranz-Auzias, CA Paris, 31 oct. 1989, Kis France c/ Société générale, cité par Laure Perrin et Eduard Salsas, « L'extension de la clause compromissoire à des tiers », rédigé le 13 Février 2013.

avait reconduit le mécanisme arbitral<sup>202</sup>», et ce malgré qu'il ait été relevé que la clause compromissoire figurait dans le premier contrat de vente alors que, dans l'opération de crédit-bail, le crédit bailleur avait acquis la chose, mais ici par une seconde vente réalisée entre le crédit bailleur et l'acquéreur, à laquelle le vendeur initial n'était pas partie, de sorte que le contrat de vente initial et sa clause compromissoire étaient inopposables aux parties.

Cette solution emporte le pas à celle rendue précédemment par la jurisprudence qui rejetait l'extension de la clause compromissoire dans les ensembles contractuels<sup>203</sup>. Des formes d'extension de la clause compromissoire sont alors possibles dans le cadre de litiges nés d'une même convention, dans des ensembles contractuels formés de contrats distincts, mais conclus entre les mêmes parties<sup>204</sup>.

De ce fait avec l'extension ceux qui sont parties au contrat d'arbitrage sont attirés devant un tribunal arbitral en vertu de sa force obligatoire non seulement, mais aussi ceux qui doivent être effectivement considérés en tant que tels, en raison de leur participation concrète dans l'élaboration et l'exécution du contrat ou dans les faits litigieux : les tiers.

---

<sup>202</sup> Cass. Com, 25 nov. 2008, n° 07-21.888, FS P+B+R, Sté Les Pains du Sud et a. c/ Sté Spa Tagliavini et autres, JurisData n° 2008-045995, cité par Daniel MAINGUY, « L'extension de la clause compromissoire dans l'opération de crédit-bail » *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 6, 4 Février 2009, II 10023.

<sup>203</sup> Cass. com., 16 juill. 1992, *supra* note 142.

<sup>204</sup> Cass. Com, 5 mars 1991, n° 89-19.940 : JurisData n° 1991-000764 ; Rev. arb. 1992, p. 67, note L. Aynès et p. 95, note D. Cohen ; RTD com. 1992, p. 596, obs. E. Loquin. A ces solutions il faudrait ajouter celles rendues par la CCI dans le cadre des arbitrages qu'elle a eu à présider. Dans l'affaire Westland n° 3879/1984, qui opposait cette société à quatre États du monde arabe à cause d'un contrat qui visait la fabrication et la vente d'hélicoptères pour l'industrie de l'armement, le tribunal arbitral a décidé que « dans certaines circonstances déterminées, ceux qui n'ont pas signé de clause d'arbitrage peuvent, en tout état de cause, être liés par celle-ci » et, notamment, « en cas de succession par titre ou subrogation ». Une autre sentence rendue en 1998 dans le cadre de l'affaire n° 8910, où le tribunal arbitral sera amené à se prononcer sur deux questions extrêmement intéressantes, qui n'avaient jamais été traitées auparavant avec cette clarté et profondeur : la relation qui existe entre un groupe de contrats (dans l'un desquels s'insérait uniquement la convention d'arbitrage), et celle des autres sociétés du groupe qui ont souscrit d'autres contrats connexes, mais dépourvus d'une telle clause compromissoire, ainsi que la pertinence d'agir contre le principal actionnaire de toutes ces sociétés qui s'étaient portées, dans la présente espèce, avaliste de l'opération. La CCI décide que « bien que la convention tripartite entre la demanderesse et les deux premières défenderesses ne se réfère pas spécifiquement à la clause compromissoire insérée dans le contrat de distribution exclusive et que le principe dit de la clause arbitrale par référence ne trouve pas ici sa place, le tribunal arbitral considère qu'elle est opposable à la deuxième Codéfenderesse et ce, par le fait qu'il existe, en effet, entre la convention tripartite et le contrat de distribution exclusive, un lien d'accessoire, ou encore, un rapport de complémentarité permettant de déceler un ensemble contractuel unique assimilable à un contrat. Or, lorsque les parties ont voulu réaliser une opération unique au moyen d'une pluralité d'instruments, on peut considérer que leur volonté était de soumettre à la clause compromissoire contenue dans l'une des conventions, tout litige lié à cette opération unique, y compris ceux pouvant résulter de la convention qui en est dépourvue ». V. DELCASSO, *op. cit.*, note 191.

La convention lorsqu'elle est donc étendue reste opposable aux autres contractants<sup>205</sup>. Cette extension quasi automatique de la convention se justifie non moins par un désir de faire circuler la clause d'arbitrage.

## **B- Des dérogations justifiées**

L'extension de la convention aux autres contractants du groupe peut se justifier par deux éléments : le désir de faire circuler la convention d'arbitrage, par la même occasion la rendre beaucoup plus efficace (1) et le souci d'assurer la cohésion au sein des contrats interdépendants (2).

### 1- Le désir de faire circuler la convention d'arbitrage

Comme dit plus haut, auparavant, la Cour de cassation prenait une position plus restrictive en matière de circulation de la clause compromissoire. La jurisprudence retenait qu'en vertu du principe de l'effet relatif de l'article 1199, un tiers ne pouvait être lié sans qu'il ait donné son consentement au contrat. Ainsi, la clause ne peut circuler à moins que les parties n'aient expressément prévu le contraire<sup>206</sup>. L'évolution est ensuite entreprise en faveur de l'arbitrage, car il faut que la convention jouisse de son autonomie, qu'elle soit efficace et qu'elle permette la résolution des litiges lorsque ceux-ci mettent en cause plusieurs intervenants dans le contrat et que sa résolution par les juridictions étatiques ne mettent en péril les liens d'affaires noués avec les partenaires du fait du prolongement pénible et de la procédure coûteuse devant ces juridictions.

La concentration des contentieux en une seule procédure d'arbitrage pourrait ainsi éviter qu'il y ait un émiettement des contentieux aboutissant à des décisions contraires les unes des autres paralysant ainsi l'efficacité de la convention d'arbitrage.

C'est en vertu de ce principe d'efficacité de la clause que la Cour de cassation s'est basée dans un arrêt pour fonder l'application de la clause compromissoire<sup>207</sup>. La poursuite de l'efficacité de la clause permet donc de fonder les phénomènes d'extension de la clause

---

<sup>205</sup> Dès lors, la thèse des groupes de contrats permet de considérer que le contrat principal de l'ensemble contractuel est ce premier contrat de vente, de telle manière que les clauses essentielles, telle une clause compromissoire, ont vocation à s'imposer à cet ensemble de contrats unis par une même logique peu importe son fondement, cause, objet, économie, intérêt au contrat, etc. qu'est la fourniture d'une chose sans défaut. C'est le sens de la seconde partie de la solution : la cour d'appel n'avait pas à vérifier qu'un mécanisme de substitution contractuelle volontaire s'était opéré.

<sup>206</sup> Par une clause expresse stipulée dans le contrat. V. *infra* section 2. Egalement Cour Cass. Ass. Plénière audience publique du 12 juillet 1991, n° de pourvoi: 90-13602.

<sup>207</sup> Cass. 1re civ, 10 oct. 2012, Sté Martin.

d'arbitrage à des parties au litige, non-signataires de la convention contenant la clause d'arbitrage, qui sont intervenues dans son exécution, et qui pour cette raison l'ont implicitement ratifiée<sup>208</sup>.

De même, pour des besoins de réalisation d'une opération économique, la convention d'arbitrage doit être appliquée lorsqu'elle a été conclue dans un contrat principal et qu'en vertu de ce même contrat, des contrats successifs se sont succédé, pris pour l'application et la réalisation de cette opération.

## 2- L'interdépendance contractuelle

La notion d'interdépendance renvoie à celle des ensembles contractuels. En effet, les ensembles contractuels renvoient à « une association de contrats concomitants ou successifs » visant une « opération économique » commune ou ayant le même objet<sup>209</sup>. Sont donc interdépendants et indivisibles les contrats qui concourent à la réalisation d'une opération économique<sup>210</sup>.

« Un contrat peut faire partie d'un ensemble de contrats visant à la réalisation d'une seule opération. Ainsi, la réalisation d'un ensemble industriel peut engendrer des contrats d'études, de construction, d'achats d'équipements, de licence de procédé et de formation professionnelle qui mettent en cause plus de deux parties. Il faut donc dans cette situation préciser le statut juridique de chaque contrat. Si la liaison est retenue, elle peut s'opérer sur le plan du cadre normatif applicable à tous les contrats, sur le plan de leur interprétation, ou enfin, du point de vue du sort juridique de chacun des contrats de sorte que, par exemple, l'annulation ou la résolution de l'un entraîne l'annulation ou la résolution de l'autre ».<sup>211</sup> Quid d'une convention d'arbitrage ?

Si l'ensemble de ces contrats entretiennent un lien unique et indivisible, il va de soi que toutes les stipulations contenues dans le contrat, à l'exemple de la clause compromissoire, seront appliquées à tous les contractants membres de l'ensemble. La clause va s'imposer à leur égard.

---

<sup>208</sup> Paris, 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990. 675, note P. Meyer ; Civ. 1re, 25 juin 1991, Rev. arb. 1991. 453, note P. Meyer.

<sup>209</sup> C. DERACHE, « La transmission des clauses de règlement des litiges dans les groupes de contrats » in La Semaine Juridique Entreprise et Affaire n°3, 19 janvier 2012, 1048, n°1, cité par Frédéric Houssais, « INTERDÉPENDANCE DES CONTRATS : LA NOUVELLE DONNE DEPUIS LES ARRÊTS DU 17 MAI 2013 », publié le lundi 3 novembre 2014.

<sup>210</sup> Cass. Ch. Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et 11-22.927. « ... plusieurs contrats concourants à la même opération économique sont réputés indivisibles, et même plus, nonobstant toute clause écrite contraire ».

<sup>211</sup> B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1975, (Préf. J.M Mousseron ; J. Neret, *Le sous-contrat*, Paris, LGDJ, 1979, (Préf. De P. CATALA), cité par P. MEYER, p. 121op. cit, note 15.

Ainsi sur la base de l'interdépendance des contrats, la clause compromissoire incluse dans le contrat principal ayant abouti à la conclusion d'autres contrats concomitants s'inscrivant dans la réalisation d'une opération unique, sera applicable aux autres contractants de l'ensemble. La Cour de cassation par son arrêt du 25 novembre 2008 a précisé cette extension de la convention dans le cadre des ensembles contractuels<sup>212</sup>. En effet, la Cour justifie l'admission de la technique de l'extension de la clause compromissoire, la fondant sur les techniques d'indivisibilité contractuelle, dans une opération de crédit-bail, mais peut-être alors dans toutes les hypothèses contractuelles dans lesquelles l'indivisibilité permet une forme de contagion des clauses d'un contrat. C'est le cas par exemple dans le cadre des contrats de joint-venture, de la relation classique entre un contrat-cadre et des contrats d'application, des contrats de distribution, de crédit-bail... dans lesquels on observe des situations de multiplication de contrats participant à une même opération juridique, c'est-à-dire toutes les situations dans lesquelles on peut repérer une situation d'ensemble contractuels indivisibles.

Déjà la CCI en 1998 dans l'affaire n° 8910 avait retenu à l'époque qu'il existait « ...en effet, entre la convention tripartite et le contrat de distribution exclusive, un lien d'accessoire, ou encore, un rapport de complémentarité permettant de déceler un ensemble contractuel unique assimilable à un contrat. Or, lorsque les parties ont voulu réaliser une opération unique au moyen d'une pluralité d'instruments, on peut considérer que leur volonté était de soumettre à la clause compromissoire contenue dans l'une des conventions, tout litige lié à cette opération unique, y compris ceux pouvant résulter de la convention qui en est dépourvue<sup>213</sup> ».

C'est donc un champ contractuel nouveau d'épanouissement des clauses compromissoires qui est ainsi proposé, bien au-delà des critères posés par la seule clause compromissoire par référence ou par ses techniques de transmission<sup>214</sup>.

Ainsi comme nous pouvons le constater, l'extension de la convention d'arbitrage dans les ensembles contractuels a été construite par la jurisprudence, celle-ci retenant l'application de la clause aux tiers non-signataires. Mais cette jurisprudence a posé, et continue toujours de poser débat.

---

<sup>212</sup> V. Cass. com., 25 nov. 2008, commentaire de Daniel MAINGUY, *op. cit.* note 201.

<sup>213</sup> Sentence CCI n° 8910 rendu en 1998, JDI 2000, p. 1085, obs. D. H. Source <https://www.trans-lex.org>, consulté le 12 septembre 2017, à 00 h 18.

<sup>214</sup> Pour plus de détails V. *infra* section 2.

## **PARAGRAPHE 2 : Une solution jurisprudentielle controversée**

L'extension de la convention d'arbitrage à des personnes autres que les parties constitue une violation du principe de l'autonomie de la volonté qui a pour fondement le consentement propre et sincère de la personne qui souhaite se lier à un contrat (A). La doctrine a également relevé une certaine contrariété de cette extension de la convention d'arbitrage (B).

### **A- L'extension de la convention : une atteinte à la volonté des parties**

Si la jurisprudence retient d'une part que dans les chaînes homogènes ou hétérogènes de contrats translatifs de propriété, la convention d'arbitrage est transmise automatiquement et que d'autre part dans les ensembles contractuels en vertu de l'interdépendance des contrats on procède à une extension de la convention en dehors du domaine pour lequel elle a été stipulée, on peut constater aisément une certaine remise en cause du consentement des parties constituant le groupe. Auparavant on permettait à la partie que l'on faisait opposer la convention de prouver l'ignorance du contrat<sup>215</sup>. Par la suite cette limite a été abandonnée<sup>216</sup>.

En effet, s'il est admissible de ne pas rechercher, dans l'hypothèse d'une transmission, si celui qui exerce l'action connaissait l'existence et le contenu de la clause d'arbitrage<sup>217</sup>. Elle conduit cependant à un résultat paradoxal, voire embarrassant : le litige pour lequel la clause compromissoire est appelée à jouer, oppose des parties qui ne sont ni les unes, ni les autres les signataires de la clause compromissoire. La justice arbitrale repose sur la volonté des parties et pourtant, dans bien des hypothèses, l'arbitre se voit reconnaître le pouvoir juridictionnel de trancher un litige en l'absence de l'expression d'une volonté commune pour lui conférer ce pouvoir.

En revanche, en cas d'extension de la clause compromissoire à des tiers au contrat, il est légitime de rechercher si ceux à qui on l'oppose, l'ont connue et l'ont implicitement acceptée en intervenant dans l'exécution du contrat.

La recherche de la volonté des parties doit être de mise pour que la convention puisse être appliquée et que les arbitres puissent statuer conformément à ce dont les parties ont convenu.

---

<sup>215</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2001, « 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 ». si comme relever plus haut cette décision permettait au tiers devenu partie de ne pas être opposée à la convention, toute la difficulté résidait au fait de pouvoir justifier de l'ignorance du contrat ».

<sup>216</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007 ABS c/ Amkor Technology.

<sup>217</sup> Dans la logique d'une transmission de plein droit fondée sur la théorie de l'accessoire, il n'y a pas lieu à se préoccuper du consentement ou plus précisément de la connaissance ou de l'ignorance du contenu du contrat par le tiers, On objectera que ce dernier se voit imposer une procédure qu'il n'a pas voulue. V. sur la question Nadine Abdallah, « La précision du régime de transmission des clauses compromissoires dans les chaînes de contrats ».

On ne peut pas imposer à des tiers un mécanisme de résolution des différends autres que celui prévu par la juridiction étatique à moins qu'il y ait un consentement de ceux-ci.

La doctrine considère généralement que faute d'une stipulation expresse permettant d'étendre une clause compromissoire en dehors de ce cas, l'indivisibilité entre des contrats, dont l'un contient une clause compromissoire, ne permet pas en principe d'étendre l'arbitrage aux autres contrats<sup>218</sup>.

## **B- La position de la doctrine**

Pour une partie de la doctrine<sup>219</sup>, l'extension de la convention dans les chaînes de contrats ou dans un ensemble contractuel, exige que soit recueilli le consentement des tiers pour se voir soumettre à une procédure d'arbitrage à laquelle ils n'avaient pas souscrit et par le fait de l'extension qu'ils deviennent partie à la convention et à la procédure. Pour qu'il soit opposable aux tiers dans le cadre des groupes de contrats il faut que le consentement de tous les tiers faisant partie du groupe soit recueilli, et ce malgré l'interdépendance des contrats. C'est ce que le Pr P. DELEBECQUE rappelle en ces termes : « une telle clause resterait "soumise au principe de l'effet relatif des conventions" et ne pourrait circuler [...], à moins que les parties n'aient expressément prévu le contraire<sup>220</sup> ».

Il importe en effet d'éviter que la circulation de la clause [...] ne puisse nuire aux intérêts de ceux qui, comme les consommateurs [...], ne peuvent être présumés avoir intégré dans leurs prévisions le risque de se voir opposer un choix [...] auquel ils n'ont pas participé et à l'égard desquels le jeu de la clause, par son coût notamment, pourrait représenter une privation d'accès à la justice<sup>221</sup>.

Ainsi, la doctrine retient indubitablement que soit recueillie la volonté des autres contractants pour qu'ils puissent être liés à la convention d'arbitrage et participés à la procédure. Toutefois, quelques tempéraments peuvent être notés à l'opposabilité par extension de la convention d'arbitrage aux tiers.

---

<sup>218</sup> C.A Paris, 8 déc. 1988 : Rev. arb. 1990, p. 150, note C. Jarrosson.

<sup>219</sup> J. MOURY, « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », Recueil Dalloz 2002 p.2744 et H. Muir WATT, « Transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de contrats translatifs de propriété », RCDIP, 2008 p.128.

<sup>220</sup> P. DELEBECQUE « *La retransmission de la clause compromissoire* », Rev. arb. 1991, p. 19 »

<sup>221</sup> H. Muir WATT, *op. cit.* note 219.

## **SECTION 2 : LES TEMPÉRAMEMENTS A L'OPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE**

L'opposabilité de la convention d'arbitrage dans le cadre des chaînes de contrats connaît quelques tempéraments. Ces tempéraments, en forme parfois de limite, s'opposent à la circulation de la convention d'arbitrage dans les groupes de contrats (PARAGRAPH 1). Toutefois, ces tempéraments ne se retrouvent pas uniquement dans les groupes de contrats (PARAGRAPH 2).

### **PARAGRAPH 1 : Dans les groupes de contrats**

En matière d'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des ensembles contractuels quelques limites doivent être soulevées. Certaines sont propres aux parties à la convention (A), d'autres à l'ensemble (B).

#### **A- Les limites propres aux parties à la convention**

Lorsque le contrat pour lequel la convention d'arbitrage a été stipulée a été ratifié en considération de la personne « *intuitu personae* », les parties à la convention peuvent s'opposer à sa transmission ou à son extension. La question se pose en effet, si l'existence d'une telle stipulation dans le contrat peut faire jouer les effets de la convention à l'égard des autres contractants en l'étendant ? Nous pensons que non, car c'est la considération de la personne qui a déterminé l'accord des parties dans la conclusion du contrat, c'est eu égard à la personne qu'elles ont contracté. Dès lors, la convention d'arbitrage ne pourra pas être étendue ou transmise aux tiers-parties. Son effet sera limité qu'aux seules parties contractantes.

La Cour de cassation française, dans l'arrêt *Cimat*, du 28 mai 2002, affirme que la clause compromissoire n'avait pas été contractée par le cédé en considération de la personne du cédant, « ce qui eût pu faire obstacle à sa transmission à un tiers »<sup>222</sup>. Cela veut dire a contrario que si la clause compromissoire avait été stipulée en considération de la personne, elle n'allait pas se transmettre entre les contractants successifs ou les tiers acquéreurs.

En outre, en présence de clauses incompatibles, la jurisprudence considère qu'il peut y avoir obstacle à son extension ou à sa transmission aux autres contractants ou tiers-parties. En effet, lorsque les différents actes composant le groupe de contrats contiennent des clauses

---

<sup>222</sup> Cass. Com., 28 mai 2002, *Cimat*, Rev. arb. 2003.397, note crit. D. Cohen, cité par Lucille Roger-Imbert, *op. cit.*, note 188.

incompatibles avec le recours à l'arbitrage, ou lorsque les différents actes stipulent des clauses compromissaires inconciliables, les juges retiennent une interprétation restrictive. Dans deux décisions, la jurisprudence a eu l'occasion de le préciser<sup>223</sup>. La convention d'arbitrage demeurera donc inefficace en présence de clauses incompatibles avec le recours à l'arbitrage.

En dehors de ces limites, nous pouvons retrouver celles relatives aux ensembles contractuels proprement dits.

## **B- Les limites relatives à l'ensemble contractuel**

Dans les arrêts rendus : l'un par la CCI<sup>224</sup>, la première chambre civile<sup>225</sup> et ceux de la Chambre commerciale<sup>226</sup>, la jurisprudence semble posait comme limite à l'extension de la convention d'arbitrage, d'une part la participation à la conclusion, à l'exécution et à la résiliation du contrat et d'autre part son caractère interdépendant avec les autres contrats composant un tout économique, provoquant ainsi l'extension de la clause d'arbitrage aux différents membres de l'ensemble.

Dans les deux premières décisions la CCI tout comme la Chambre civile admettent l'extension de la convention d'arbitrage à toutes les personnes qui avaient participé à l'opération, 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. Cela voudrait dire qu'à chaque fois que les parties composant l'ensemble contractuel ou qu'un tiers participe à l'élaboration à l'exécution et à la résiliation du contrat, il sera considéré comme lié par celui-ci et se verra adjoint l'ensemble des clauses contenues dans ce contrat.

Au-delà de cette première limite, l'extension de la convention d'arbitrage dans les ensembles contractuels est également limitée par l'exigence d'une interdépendance entre les contrats. Dans l'arrêt susmentionné, la Chambre commerciale de la Cour de cassation justifie l'extension de la convention d'arbitrage la fondant sur l'interdépendance des contrats. En effet, « les clauses essentielles du contrat, telle une clause compromissoire, ont vocation à s'imposer à cet ensemble de contrats unis, par une même logique peu importe son fondement,

---

<sup>223</sup> Paris, 19 déc. 1986, Rev. arb. 1987. 359, note Gaillard. - Versailles, 7 mars 1990, Rev. arb. 1991. 326, note Loquin. - Paris, 16 nov. 2006, Rev. arb. 2008. 109, note De Boisesson, cité par Louis F. PIGNARRE.

<sup>224</sup> Sentence CCI du 23 septembre 1982, n° 4131, confirmée par la cour d'appel de Paris, CA Paris, 21 octobre 1983.

<sup>225</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007 ABS/ Amkor Technology et autres.

<sup>226</sup> Cass. Com, 25 nov. 2008, n° 07-21.888, FS P+B+R, Sté Les Pains du Sud et a. c/ Sté Spa Tagliavini et autres

cause, objet, économie, intérêt au contrat... »<sup>227</sup>. La CCI a eu l'occasion de le retenir dans une sentence arbitrale rendue 1998. En effet, elle retient que « ... lorsque les parties ont voulu réaliser une opération unique au moyen d'une pluralité d'instruments, on peut considérer que leur volonté était de soumettre à la clause compromissoire contenue dans l'une des conventions, tout litige lié à cette opération unique, y compris ceux pouvant résulter de la convention qui en est dépourvue<sup>228</sup> ». Il faut donc pour qu'elle soit étendue que les contrats soient interdépendants entre eux et qu'ils poursuivent la réalisation d'une opération unique.

Ainsi, lorsque dans l'ensemble contractuel les contrats ne sont pas interdépendants entre eux, que les contractants n'aient pas tous participés à la négociation, à l'exécution et à la résiliation du contrat, il en ressort que la convention d'arbitrage ne pourra pas être étendue aux tiers-parties ou aux autres contractants, cela veut dire qu'ils ne pourront pas être lié à la convention d'arbitrage encore moins participer à la procédure. Celle-ci ne leur sera pas étendue. Toutefois, ce n'est pas seulement dans les groupes de contrats que l'on peut relever des tempéraments à l'opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage, des limites peuvent être notées également en dehors des groupes de contrats.

## **PARAGRAPHE 2 : En dehors des groupes de contrats**

En dehors des groupes de contrats, les tempéraments à l'opposabilité de la convention d'arbitrage peuvent être contractuels (A) ou extracontractuels (B). Il est prévu en effet, en Droit OHADA, un recours extraordinaire offert au tiers dont la convention lui a été inopposable afin de se voir reconnaître ses droits.

### **A- Les solutions contractuelles**

Parmi les solutions contractuelles que nous pensons être idéales pour limiter l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers-parties, nous pouvons citer la clause de non-extension de la convention d'arbitrage, ce qui limiterait les effets de la convention dans le cercle des parties à l'origine de la clause d'arbitrage. Cette clause pourrait être comparée à une clause limitative de responsabilité avec une formule comme la suivante : « *les clauses contenues dans le présent contrat ne seront applicables qu'à l'égard des parties. Les tiers qui viendront se joindre à celui-ci, par quelques mécanismes de transmissions ou d'extensions que ce soit ne se verront pas étendre les effets contenus dans ces clauses* ».

---

<sup>227</sup> Daniel MAINGUY, note sous Cass. Com., 25 nov. 2008, n° 07-21.888, FS P+B+R, Sté Les Pains du Sud et a. c/ Sté Spa Tagliavini et autres : JurisData n° 2008-045995. *op. cit.*, note 201.

<sup>228</sup> V. CCI sentence n°8910.

De plus, nous pensons qu'il serait préférable de revenir, comme dans l'arrêt Peavy<sup>229</sup>, sur le consentement du tiers devenu partie. Il faudrait, de notre avis, pour qu'il y ait possibilité de faire produire les effets de la convention à l'égard des tiers devenus parties au contrat, demander ou démontrer leur consentement à être liés à la convention d'arbitrage pour que les différends qui vont naître soit de la compétence exclusive de l'arbitre. L'on pourrait également proposer qu'ils soient informés lors de la conclusion du contrat, de l'existence de la clause. Si cette exigence n'a pas été respectée, le sous-acquéreur peut refuser l'application de la clause en soulevant son ignorance parce que le vendeur originaire ne l'ayant pas informé de l'existence de la convention d'arbitrage dans le contrat ce qui pourrait sans doute l'empêcher de contracter s'il avait su qu'il y avait une clause d'arbitrage. On pourrait de ce fait faire appel à l'obligation d'information que chacune des parties doit respecter lors de la phase des pourparlers et de la conclusion du contrat pour limiter l'application de la convention sur le tiers.

Dans une espèce rendue en matière de clause de compétence, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a décidé que « la clause de compétence figurant au connaissance doit faire l'objet d'une acceptation spéciale de la part du destinataire, laquelle ne résulte pas de l'accomplissement sans réserve du connaissance ». Faute de cette acceptation spéciale, la clause attributive de juridiction est, pour la Cour de cassation, inopposable au destinataire<sup>230</sup>. Cette solution transposée dans le domaine de la clause d'arbitrage pourrait permettre aux tiers de ne pas se voir appliquer un mode de résolution des différends qu'ils n'auraient pas choisi.

En plus des solutions contractuelles que les parties disposent pour faire limiter les effets du contrat qu'à leur égard, il existe en droit de l'arbitrage une procédure offerte aux tiers pour s'opposer à une sentence rendue par le tribunal arbitral qui aurait causé des préjudices à leur rencontre.

## **B- La possibilité d'un recours extraordinaire : la solution extracontractuelle**

Lorsque toutes les voies contractuelles sont épuisées, les tiers auxquels la convention d'arbitrage est inopposable disposent d'une voie légale pour faire prévaloir leurs droits,

---

<sup>229</sup> On pourrait ainsi revenir à la situation posée par l'arrêt rendu par la 1<sup>re</sup> civ de la Cour de cassation en date 06-02-2001, n° 98-20.776, n° 171 FS-P+B+R, plus connu sous le nom de l'arrêt Peavy ou la Haute juridiction retenait 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 », avec cependant, une précision des différents moyens de preuves que disposent les tiers.

<sup>230</sup> Cour Cass, Ch. Com, 8 décembre 1998 - MM. Bézard, prés, Rémy, rapp, Raynaud, av. gén. - MM. Le Prado et Foussard, av. cité par Etienne Pataut, « De l'acceptation et de l'opposabilité des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires », Revue critique de droit international privé 1999 p. 536.

lorsque ceux-ci ont été atteints. En droit de l'arbitrage OHADA, la voie principale de recours contre une sentence arbitrale est le recours en annulation. Deux autres voies de recours extraordinaires sont prévues, le recours en révision et la tierce opposition. La tierce opposition est une inopposabilité par les tiers de la sentence parce que si la tierce opposition réussit, la sentence sera rétractée par le tribunal arbitral à l'égard du tiers. L'article 25 alinéa 5 de l'AU.A<sup>231</sup> prévoit en effet, un recours des tiers « devant la juridiction de l'Etat partie qui eut été compétente à défaut d'arbitrage, toute personne qui n'a pas été appelée et lorsque cette sentence préjudicie à ses droits ». Qui sont les tiers aptes à recourir à cette procédure ? Si l'AU désigne ceux qui n'ont pas été appelés à la procédure, il faudrait ajouter également ceux-là qui n'ont pas été parties, ni représentés à la convention d'arbitrage et à la sentence arbitrale.

Pour que la tierce opposition puisse jouer, il faut que le tiers qui s'en prévaut remplisse un certain nombre de critères. D'abord, le tiers ne doit pas être appelé à la procédure. S'il a été appelé et qu'il a refusé d'intervenir, l'article 25, alinéa 5 lui ferme la voie de la tierce opposition<sup>232</sup>. Ensuite, le tiers doit justifier d'un préjudice que la sentence lui a causé. Le préjudice dont il s'agit doit être personnel direct et certain<sup>233</sup>.

Contrairement à l'ancien AU, les nouvelles dispositions sur le droit de l'arbitrage OHADA alignent la procédure de la tierce opposition avec celle de l'article 1481 du CPC français qui prévoit également que la tierce opposition soit portée devant le tribunal étatique qui aurait dû être compétent s'il n'y avait pas de convention d'arbitrage<sup>234</sup>.

Le fait de porter cette procédure devant le tribunal arbitral peut poser problème surtout lorsque le tribunal arbitral ne peut plus être reconstitué. De plus, ni le délai, ni la procédure encore moins les effets de la tierce opposition ne sont précisés par l'A.U. Devant un tel état de fait, il nous semble nécessaire, comme le disait le Pr Meyer, d'organiser ce recours devant la juridiction étatique du lieu du siège du tribunal arbitral, ceci pour permettre l'application des règles de procédure civile à ce recours, mais également pouvoir produire les mêmes effets que

---

<sup>231</sup> L'article 33 du Règlement de la CCJA prévoit également ce recours.

<sup>232</sup> Ce pourrait être par exemple un codébiteur solidaire qui n'a pas été appelé à l'instance, ou un nu-propiétaire face à une sentence qui a autorisé un usufruitier à consentir un bail commercial, ou encore un titulaire d'un droit de crédit-bail à l'encontre d'une sentence qui a constaté la vente de la chose, objet du crédit-bail, P. Meyer, *op. cit.*, note 15.

<sup>233</sup> La formule est empruntée à la cour de cassation qui généralement dans les arrêts de cassation utilise la formule « casse et annule la décision dans toute sa disposition et renvoie les parties devant la Cour d'Appel autrement composé ».

<sup>234</sup> Article 1481 CPC français. Cela peut se concevoir étant donné qu'en vertu du principe de l'effet relatif, le tiers ne peut pas être appelé devant le tribunal arbitral. Mais nous avons vu qu'il existe des exceptions à ce principe.

ceux prévus par la législation nationale sur la procédure civile. Nous pensons qu'il faudrait mieux organiser cette procédure pour permettre aux arbitres de remplir efficacement leur travail et aux tiers de pouvoir trouver satisfaction.

Ceci étant dit, la tierce-opposition a pour objet de rétablir la relativité de la chose jugée à l'égard des tiers. Si elle aboutit, la sentence sera rétractée par le tribunal arbitral à l'égard du tiers-opposant et pour ce qui concerne les dispositions qui lui sont préjudiciables<sup>235</sup>.

Rappelons enfin que si l'un des recours prévu par l'AU aboutit à l'annulation de la sentence, les parties ont toujours la possibilité de recourir à une nouvelle procédure d'arbitrage. C'est comme qui dirait qu'elles retournent devant un autre tribunal arbitral autrement composé.

---

<sup>235</sup> P. MEYER *op. cit.*, note 15.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Ceci n'est pas une conclusion, mais plutôt un rappel de ce qui a été traité dans ce mémoire, car la question de l'opposabilité de la convention d'arbitrage ne pourra jamais être clôturée. Ainsi tout au long de cette étude nous avons pu voir que le principe de l'effet relatif des contrats tel qu'il est présenté souffre de bon nombre d'exceptions qui, loin de l'affecter, contribue à le rendre façonnant. La convention d'arbitrage comme toute autre convention obéit à ce principe d'effet relatif. Ainsi en présence d'une telle convention, ces effets restent limités qu'aux seules parties contractantes. On dit que la convention d'arbitrage est inopposable aux tiers. Cette inopposabilité se manifeste d'une double manière. D'une part, du point de vue théorique, tout ce qui relève de la convention est de l'apanage exclusif des parties. Les tiers ne participent nullement à son élaboration. Également, tous les principes applicables au droit des obligations, tels l'effet relatif et la force obligatoire, lui sont appliqués. Les tiers ne peuvent pas être contraints à exécuter la convention, seules les parties y sont obligées.

D'autre part, du point de vue pratique, les parties à l'instance arbitrale sont les seules maîtresses de la procédure, car l'ayant déjà déterminée dans le cadre de la convention d'arbitrage. Ce qui du coup ne leur permet pas d'appeler, de citer ou de faire comparaître un tiers devant le tribunal arbitral, ni engager leur responsabilité devant ce tribunal pour des faits qu'ils auraient commis et qui leur ont porté atteinte dans l'exécution du contrat.

Mais très vite, on peut se rendre compte que cette relativité de la convention d'arbitrage peut souffrir d'exceptions tirées du droit commun des obligations, mais également du droit de l'arbitrage de certaines législations qui admettent la possibilité d'une opposabilité aux tiers de la convention d'arbitrage. De ce fait, nous avons vu que la convention d'arbitrage pourrait être opposable aux tiers par les parties et par les parties aux tiers par des mécanismes contractuels de subrogation, de cession, de stipulation pour autrui de transmission et d'extension de la convention d'arbitrage non seulement, mais aussi par des mécanismes procéduraux à travers l'intervention et la jonction des tiers, la jonction de procédure et l'appel en garantie. La plupart de ces mécanismes surtout procéduraux ne sont pas prévus dans notre droit de l'arbitrage interne et communautaire.

Empruntant certaines règles et principes propres au droit des obligations, de la procédure civile, au droit international privé, au droit des procédures collectives, au droit du travail et de la consommation... la convention d'arbitrage est présente presque partout et suit

la tendance des affaires. Son incorporation dans un contrat ne finira jamais de susciter certaines interrogations relatives aux parties en présence, mais également aux tiers. Même si le principe demeure celui de son inopposabilité à l'égard des tiers, elle peut les lier et avoir des effets à leur égard.

Aujourd'hui, il ne se forme pas un contrat d'affaires sans pour autant que les parties choisissent l'arbitrage comme moyen de résolution de leurs différends, ce qui relève l'importance première de ce moyen de résolution des litiges qui est un mécanisme judiciaire adapté aux économies modernes. En effet, la justice étatique est considérée comme un frein au développement des activités économiques. Ainsi il y a la nécessité de garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement. Ce que les États parties ont compris en mettant sur pied un corpus de règles favorable à l'usage de l'arbitrage comme mode juridictionnel de résolution des différends.

Cependant — si cette brèche nous est autorisée —, même s'il faut constater les efforts qui ont été faits pour ériger l'arbitrage en mode privilégié de règlement des différends, surtout pour ce qui concerne le droit OHADA<sup>236</sup>, le chemin est encore long. On peut notamment citer les questions relatives à l'impécuniosité d'arbitrage, au coût, à la lenteur dénotée quelque part dans le traitement des dossiers, du juge compétent<sup>237</sup>, à la situation des tiers... qui dénotent une certaine faiblesse et inefficacité de l'arbitrage. La revue de certaines dispositions serait souhaitable, mais également une pratique procédurale accompagnant les textes, dans la mesure où l'OHADA se donne comme objectif d'assainir le monde des affaires en l'adaptant aux situations des États parties.

Et comme le disait le Pr Meyer, l'adoption d'une loi fut-elle uniforme, ne porte cependant aucune assurance de son effectivité, il restera alors aux praticiens de faire vivre ce droit [...] l'efficacité de la nouvelle législation se mesurera sur le terrain du développement de la pratique dans un continent où, malgré d'indéniables référents culturels de nature à le favoriser, l'arbitrage est assez peu utilisé<sup>238</sup> ». En témoigne le peu nombre de décisions rendues par la CCJA sur l'arbitrage<sup>239</sup>. Que ce soit l'un ou l'autre, il faudra saluer ces efforts,

---

<sup>236</sup> L'entrée en vigueur du Traité ainsi que les textes adoptés en 1999 (AU sur l'arbitrage et le Règlement de la CCJA) marquent des étapes très importantes dans l'évolution de ce mode de résolution des différends.

<sup>237</sup> Même si le débat a été tranché au Sénégal par l'adoption du décret de 2016, bon nombre d'Etats parties n'ont pas encore pris des dispositions déterminant le juge compétent en la matière.

<sup>238</sup> P. MEYER, cité par Roland Amoussou GUENOU, « l'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA », in l'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique.

<sup>239</sup> 74 décisions ont été rendues par la CCJA en la matière. Ces décisions sont disponibles sur le site [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté dernièrement le 10 septembre 2017 à 12 h 33.

mais aussi et surtout essayer de consolider ces acquis, car si les AU sont des mécanismes pour unifier les règles applicables à tous les États partis, l'AUA est un moyen judiciaire permettant d'assurer une efficacité et une sécurité juridique et judiciaire des transactions.

Pour qu'il y ait alors une vraie traduction entre ce qui est dit dans les textes et ce qui est appliqué sur le terrain, il faut développer une culture de l'arbitrage dans le domaine des affaires en Afrique. Il serait dès lors important de procéder à une réadaptation des textes dans ce domaine en prenant en compte les spécificités de l'Afrique et de les réadapter au monde des affaires et non pas en procédant à un mimétisme.

Dès lors, nous estimons pour conclure, que des doctrines et jurisprudences comme celles que nous avons vu tout au long de ce mémoire, contribuent à mieux comprendre le droit de l'arbitrage, mais surtout donnent des solutions pratiques qui devraient, nous le pensons, faire l'objet d'une intervention législative en profondeur, dans un contexte d'une mondialisation croissante de notre économie, qui exige des réponses efficaces, rapides et imaginatives, face à la multiplicité des relations juridiques et formules contractuelles qui surgissent de nos jours. Des réformes favorables en la matière permettront ainsi d'affirmer que l'arbitrage est un outil juridique et économique de résolutions des différends et permettra au droit des affaires OHADA d'avoir une expansion multidimensionnelle.

## BIBLIOGRAPHIE

### ***I- LEGISLATIONS***

- Acte Uniforme sur l'Arbitrage Adopté le 11/6/1999 et entré en vigueur le 15 juin 1999, JO Ohada N° 08 du 15 juin 1999, révisé le 23 novembre 2017, JO n° spécial du 15 décembre 2017, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté dernièrement le 18 décembre 2017 à 10 h 11.
- Code civil 2017, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), consulté dernièrement le 16 décembre 2017 à 9 h 06.
- Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, entré en vigueur le 7 juin 1959, <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-F.pdf>, consulté dernièrement le 15/12/2017 à 15 h 39.
- Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.
- Code de Procédure Civile Français, [www.droit.org](http://www.droit.org), consulté dernièrement le 15 décembre 2017 à 15 h 40.
- Code de Procédure Civile Hollandais, [http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=191705](http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=191705), consulté dernièrement le 15 décembre 2017, à 16 h 00.
- Décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile, JO n° 3705 du 28 septembre 1964, p 1289 et suivants.
- Loi n° 63-62 du 10 juillet 1963 portant Code des Obligations Civiles et Commerciales.
- Ordonnances 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, <https://www.legifrance.gouv.fr>
- Règlement d'arbitrage de l'OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, entré en vigueur le 1 juin 2014, [www.wipo.int/ame/fr/arbitration/rules/](http://www.wipo.int/ame/fr/arbitration/rules/).
- Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, du 18 avril 1996, modifié par le règlement n°01/2014/CM/OHADA du 30 janvier 2014, publié dans le JO n° spécial du 4 février 2014.
- Règlement d'Arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, du 11 mars 1999, J.O OHADA, 15/05/99 p. 9, révisé le 23 novembre 2017 à Conakry, JO n° spécial du 15 décembre 2017, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté dernièrement le 18 décembre 2017 à 10 h 11.
- le Règlement de la CNUDC/ et la Loi type de la CNUDC, <http://www.uncitral.org>, consulté dernièrement le 16 décembre 2017, à 19 h 55.

## **II- OUVRAGES GENERAUX**

- MEYER Pierre « la convention d'arbitrage », Bruxelles, Bruylant, Collection droit uniforme africain.
- Droit civil : les obligations, Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, SIREY Université, 13<sup>e</sup> Edition, 26 sept 2012 p. 996.
- FOUCHART Philippe, « L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique », Vol 1, Edition Bruylant 19 décembre 2000.

## **III- THESES ET MEMOIRES**

- El Rajab DIMA : L'opposabilité des droits contractuels. Étude de droit comparé français et libanais. Thèse de Doctorat / Décembre 2013, Université Panthéon-Assas, Th. Consultée dernièrement le 15 décembre 2017 à 15 h 48.
- Rithy Chey « l'arbitrage et le contrat de consommation : le point sur l'état du droit » [https://www.memoireonline.com/10/06/218/m\\_arbitrage-contrat-consommation-etat-du-droit2.html](https://www.memoireonline.com/10/06/218/m_arbitrage-contrat-consommation-etat-du-droit2.html), consulté le 15/12/2017 à 17 h 10.
- Olivier CACHARD, « les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissements: consensualisme ou formalisme ? », Mémoire de DEA, Paris, Université Panthéon — Paris II, 1997, <http://www.lexmaritima.net/travaux/memoire/memoirechap2.html> consulté le 15/12/2017 à 15 h 59.

## **IV- ARTICLES ET NOTES DE DOCTRINE CONSULTEES**

- DELCASSO Jean Paul Correa: L'extension de la Convention d'Arbitrage aux Parties non Signataires : Analyse de la Doctrine de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI au Regard de la Jurisprudence Française et Espagnole, <http://www.civilprocedurereview.com>
- DOUJNI Gaston Kenfack et IMHOOS Christophe: l'acte uniforme au droit de l'arbitrage dans le cadre du Traité OHADA, [www.ohada.com](http://www.ohada.com) Ohadata D-08-79.
- MOREAU Bertrand: Arbitrage commercial, Répertoire de droit commercial, Avocat au barreau de Paris avec la collaboration de Andrian BEREGOI, Romy DESCOURS-KARMITZ, Paul E. MALLET et Adrien LELEU Diplômés du master « Arbitrage et commerce international » de l'Université de Versailles septembre 2013 (actualisation : janvier 2016).
- PIGNARRE Louis-Frédéric: Convention d'arbitrage, Répertoire de droit civil, décembre 2013 (actualisation : octobre 2014).
- GUENOU Roland Amoussou, « l'état du droit de l'arbitrage interne et international en Afrique avant l'adoption des instruments de l'OHADA », in l'OHADA et les Perspectives de l'arbitrage en Afrique, Fouchart Philippe, Edition Bruylant, 19 décembre 2000, Vol 1.

- MAINGUY Daniel, « L'extension de la clause compromissoire dans l'opération de crédit-bail », La Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 4 Février 2009
- MOURY Jacques, « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », Recueil Dalloz 2002 p.2744
- WATT Horatia Muir, « Transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de contrats translatifs de propriété », RCDIP, 2008 p.128.
- DERACHE Caroline, « La transmission des clauses de règlement des litiges dans les groupes de contrats », la Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 3, 19 Janvier 2012, 1048.
- DELVOLLE Jean-Louis, « L'arbitrage et les tiers: III. — Le droit de l'arbitrage », Revue de l'Arbitrage, 1988 Volumes 1988 Issue 3) pp. 501 — 556 obs. M. A.J. VAN DEN BERG.
- RYMALOVA Alina « L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés : Les divergences entre les approches française et allemande », publié sur le blog de l'Université Paris-Nanterre.
- SAYEGH Joseph Issa « Réflexion dubitative sur le droit de l'arbitrage de l'OHADA », OHADATA D-02-20. Revue Camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial, octobre 2001.
- ZWIRN Maeva, « Étude des voies de recours des tiers en arbitrage en droit français et en droit anglais », mémoire de Master 2 Juristes d'affaires franco-anglais, Université Paris Sud 2013-2014.

#### V- **JURISPRUDENCES**

- CCJA arrêt N° 012/2005 du 24 février 2005 Société de Manufacture de Côte d'Ivoire c/ MAY Jean Pierre.
- CCJA arrêt N°044/2008 du 17 juillet 2008 Société Africaine de Relations Commerciales et Industrielles c/ Atlantique Telecom S.A et Telecel Bénin S.A.
- CCJA le 31/01/2011, Planor Afrique c/ Atlantic TELECOM Bacary Diallo revue Jurisinfo.
- Cour d'Appel Abidjan ordonnance de référé du 27 mars 2003, Abidjan, n° 1435, 27 mars 2003
- CCJA arrêt N° 047/2010 du 15 juillet 2010 Société Navale Guinéenne S.A c/ Société Africaine de Commerce S.A.
- CCJA arrêt N° 012/2011 du 29 novembre 2011 République de Guinée Equatoriale et la CEMAC c/ la Commerciale Bank Guinea Ecuatorial.
- CCJA société MACACI c/ M. Jean-Pierre, Ohadata J-05-357.

- Cour d'Appel de l'Ouest Douala (Cameroun) Société British American Tobacco (B.AT) c/ Ritz Palace Nigth Club arrêt N° 21/CIV du 12 mars 2008.
- Cour d'Appel de Ouagadougou Chambre Civile et Commerciale, Burkina Faso, arrêt N° 116 du 19 mai 2006, KABORE Henriette (BTM) c/ Société Sahel Compagnie (SOSACO).
- Cour de Cassation 1<sup>re</sup> arrêt du 6 février 2001, n° 98-20.776 (Arrêt Peavy).
- Cassation Civile. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, Sté Alcatel Business Systems et autre c/Sté Amkor Technology et autres.
- Cassation Civile 1<sup>ère</sup> Chambre, 1<sup>er</sup> avril 2015, n° 14-14.552.
- Sentence Dow Chemical c/ Isover-Saint-Gobain : sentence CCI du 23 septembre 1982, n° 4131.
- Cassation Commerciale 25 novembre 2008, arrêt n° 07-21.888, Société Les Pains du Sud et autres c/ Sté Spa Tagliavini et autres.
- Cassation Civile 3e, Dalkia France c. Clinique Axium arrêt du 18 mai 2017, n° 16-11.203,
- C.A Abidjan arrêt n° 1032, du 30 juillet 2002.
- décision N° 001, rendue par la CCJA en date du 10 janvier 2002 : [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org) ; [www.ohada.com](http://www.ohada.com) / Ohadata J-02-23.

## **VI- WEBOGRAPHIE**

- Mounetaga DIOUF : L'arbitrage au Sénégal : perspectives africaines et internationales, <http://ordredesavocats.sn>.
- Henri-Joël TAGUM FOMBENO : Regard critique sur le droit de l'arbitrage OHADA, <http://www.tagumjoel.com>.
- Olivia FRANCO : Le droit des contrats / La force obligatoire du contrat / L'effet relatif des contrats, [www.france-jus.ru](http://www.france-jus.ru).
- Pierre MEYER : Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'acte uniforme, [www.biblio.ohada.org](http://www.biblio.ohada.org).
- [www.ohada.com](http://www.ohada.com)
- [www.memoireonline.com](http://www.memoireonline.com)
- [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- [www.village-justice.com](http://www.village-justice.com)
- [www.trans-lex.org](http://www.trans-lex.org)
- [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org)

## TABLE DES MATIERES

<i>Remerciements</i> .....	<i>I</i>
<i>Dédicaces</i> .....	<i>II</i>
<i>Liste des acronymes, sigles et abréviations</i> .....	<i>III</i>
<i>Résumé</i> .....	<i>V</i>
<i>Sommaire</i> .....	<i>VI</i>

### **TITRE 1 : LA RELATIVITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE..... 9**

#### **CHAPITRE 1 : L'INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX TIERS ..... 10**

##### **SECTION 1 : LA NATURE CONTRACTUELLE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE 11**

###### **PARAGRAPHE 1 : Le respect des conditions de formation du contrat..... 12**

###### **A- Les conditions communes à tous les contrats..... 12**

###### 1- Le consentement à la convention d'arbitrage..... 13

###### 2- L'objet de la convention d'arbitrage ..... 14

###### **B- Les conditions propres à la convention d'arbitrage..... 16**

###### 1- L'existence d'un contrat principal préalable ..... 16

###### 2- L'exigence de l'écrit..... 17

###### **PARAGRAPHE 2 : Les effets du non-respect des conditions de formation de la convention d'arbitrage ..... 20**

###### **A- La nullité du contrat principal affectant la convention d'arbitrage..... 21**

###### **B- La nullité de la convention d'arbitrage proprement dite ..... 22**

##### **SECTION 2 : L'APPLICATION A LA CONVENTION D'ARBITRAGE DES PRINCIPES EN VIGUEUR EN MATIÈRE CONTRACTUELLE ..... 24**

###### **PARAGRAPHE 1 : L'effet relatif de la convention d'arbitrage ..... 24**

###### **A- La limitation des effets de la convention d'arbitrage aux parties..... 24**

###### **B- La non-immixtion des tiers dans la convention d'arbitrage..... 26**

###### **PARAGRAPHE 2 : La force obligatoire de la convention d'arbitrage ..... 27**

###### **A- Force obligatoire à l'égard des parties ..... 27**

###### **B- Force obligatoire à l'égard des tiers ..... 29**

###### **Conclusion partielle..... 30**

#### **CHAPITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE L'INOPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE ..... 31**

##### **SECTION 1 : LA RENONCIATION DES PARTIES A LA SAISINE D'UNE JURIDICTION ÉTATIQUE..... 31**

<b>PARAGRAPHE 1 : La compétence exclusive de la juridiction arbitrale .....</b>	<b>32</b>
<b>A- Une compétence de principe .....</b>	<b>32</b>
<b>B- Les exceptions à ce principe .....</b>	<b>35</b>
1- Les exceptions légales .....	35
2- Les exceptions conventionnelles .....	37
<b>PARAGRAPHE 2 : La procédure d'arbitrage : une affaire des parties.....</b>	<b>39</b>
<b>A- La constitution du tribunal arbitral par les parties .....</b>	<b>39</b>
<b>B- La conduite de l'instance arbitrale par les parties .....</b>	<b>40</b>
<b>SECTION 2 : L'ABSENCE DES TIERS DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE.....</b>	<b>42</b>
<b>PARAGRAPHE 1 : L'impossibilité d'un quelconque recours contre les tiers.....</b>	<b>43</b>
<b>A- L'exclusion d'une procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie contre les tiers 43</b>	<b>43</b>
<b>B- Le défaut de citation ou de comparution des tiers devant un tribunal arbitral .....</b>	<b>44</b>
<b>PARAGRAPHE 2 : La neutralité des tiers dans la procédure d'arbitrage.....</b>	<b>45</b>
<b>A- L'impossibilité d'engager la responsabilité d'un tiers devant un tribunal arbitral..</b>	<b>45</b>
<b>B- L'inaptitude des tiers à formuler un recours à la procédure d'arbitrage.....</b>	<b>46</b>
<b>Conclusion.....</b>	<b>47</b>
<b>TITRE 2 : LES EXCEPTIONS A LA RELATIVITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.....</b>	<b>48</b>
<b>CHAPITRE 1 : LA CONVENTION D'ARBITRAGE : UNE CONVENTION OPPOSABLE AUX TIERS .....</b>	<b>50</b>
<b>SECTION 1 : L'OPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION AUX TIERS PAR LES PARTIES A L'ARBITRAGE.....</b>	<b>51</b>
<b>PARAGRAPHE 1 : Une opposabilité admise du fait de la transmission des droits .....</b>	<b>52</b>
<b>A- Dans le cadre de la stipulation pour autrui.....</b>	<b>52</b>
<b>B- En matière de chaîne de contrats.....</b>	<b>54</b>
<b>PARAGRAPHE 2 : Une opposabilité admise du fait de l'exécution des droits émanant d'un contrat principal.....</b>	<b>57</b>
<b>A- L'opposabilité de la convention au mandataire-liquidateur .....</b>	<b>57</b>
<b>B- L'opposabilité de la convention dans le cadre d'une relation mère-filiale.....</b>	<b>60</b>
<b>SECTION 2 : L'INVOCABILITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE PAR LES TIERS .....</b>	<b>61</b>
<b>PARAGRAPHE 1 : Les initiatives voulues par les tiers et conduites par les parties .....</b>	<b>63</b>
<b>A- L'intervention des tiers .....</b>	<b>63</b>
<b>B- La jonction d'un tiers.....</b>	<b>65</b>
<b>PARAGRAPHE 2 : Les initiatives émanant des parties et voulues par les tiers.....</b>	<b>66</b>
<b>A- L'appel en garantie .....</b>	<b>66</b>
<b>B- La consolidation ou jonction de procédure.....</b>	<b>67</b>

<b>Conclusion partielle</b> .....	69
<b>CHAPITRE 2 : L'EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DANS LES GROUPES DE CONTRATS</b> .....	<b>71</b>
<b>SECTION 1 : L'OPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DANS LES ENSEMBLES CONTRACTUELS</b> .....	72
<b>PARAGRAPHE 1 : Une tendance du monde des affaires</b> .....	73
<b>A- L'extension quasi automatique de la convention d'arbitrage</b> .....	74
1- L'extension de la convention d'arbitrage par interprétation .....	74
2- L'extension de la convention d'arbitrage dans les groupes de sociétés .....	75
<b>B- Des dérogations justifiées</b> .....	77
1- Le désir de faire circuler la convention d'arbitrage.....	77
2- L'interdépendance contractuelle .....	78
<b>PARAGRAPHE 2 : Une solution jurisprudentielle controversée</b> .....	80
<b>A- L'extension de la convention : une atteinte à la volonté des parties</b> .....	80
<b>B- La position de la doctrine</b> .....	81
<b>SECTION 2 : LES TEMPÉRAMEMENTS A L'OPPOSABILITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE</b> .....	82
<b>PARAGRAPHE 1 : Dans les groupes de contrats</b> .....	82
<b>A- Les limites propres aux parties à la convention</b> .....	82
<b>B- Les limites relatives à l'ensemble contractuel</b> .....	83
<b>PARAGRAPHE 2 : En dehors des groupes de contrats</b> .....	84
<b>A- Les solutions contractuelles</b> .....	84
<b>B- La possibilité d'un recours extraordinaire : la solution extracontractuelle</b> .....	85
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	<b>88</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>91</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	<b>95</b>