

La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété

Sylvain Bollée, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

1 - S'il est loin d'éliminer toutes les incertitudes qui s'attachent au traitement de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété, l'arrêt *Alcatel business systems* n'en constitue pas moins une étape notable dans la consolidation et le perfectionnement des solutions jurisprudentielles sur ce chapitre particulièrement délicat, dont le dernier état résultait de l'arrêt *Peavey* du 6 février 2001 (1).

En l'espèce, la société Alcatel business systems (ABS) avait collaboré avec une société belge du même groupe, Alcatel micro electronics (AME), pour fabriquer une puce électronique. La dernière de ces sociétés avait conclu avec la société américaine Amkor technology Inc (Amkor) un contrat de vente de composants électroniques qui comportait une clause compromissoire désignant l'American arbitration association (AAA) de Philadelphie. De son côté, la société Amkor avait noué des relations contractuelles avec un fabricant de composants coréen, la société coréenne Anam semiconductor Inc (Anam) ; le contrat qui les liait contenait également une clause compromissoire, visant l'AAA de Santa Clara. Les puces produites par la société Anam étaient remises directement à la société AME qui les encapsulait avant de les livrer à la société ABS. En définitive, la chaîne de contrats correspondait ainsi au schéma suivant : Anam » Amkor » AME » ABS.

Des désordres étant survenus, la société ABS et son assureur ont assigné en France la société Amkor et ses deux filiales françaises, ainsi que la société Anam. Les défendeurs se sont alors prévalus de la clause d'arbitrage figurant dans le contrat conclu entre les sociétés Amkor et AME. La Cour d'appel de Paris a accueilli l'exception d'incompétence en se fondant sur l'existence d'une chaîne de contrats translatifs de propriété, dont elle a déduit que la clause compromissoire contenue dans le contrat Amkor-AME, que les sociétés Anam et Amkor s'étaient semble-t-il accordées pour faire jouer dans leurs propres rapports à la place de leur clause initiale, s'imposait à la société ABS (2). Cette dernière a formé un pourvoi dans lequel elle faisait valoir que les contrats liant les divers protagonistes étaient des contrats d'entreprise et non de vente, en sorte que la responsabilité des défendeurs était de nature délictuelle et que le litige échappait dès lors à la clause compromissoire. Le pourvoi prétendait en outre que la clause compromissoire n'aurait pu circuler que dans une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété, et qu'en l'occurrence la chaîne de contrats présentait un caractère hétérogène du fait que les contrats n'étaient pas tous de nature identique. Par ailleurs, la société ABS soutenait qu'à supposer le principe de la circulation admis, c'est la clause insérée dans le premier contrat qui aurait dû lui être déclarée opposable (3).

La Cour de cassation s'est montrée insensible à cette argumentation. Après avoir affirmé 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 », la Haute juridiction a souligné que les éléments relevés par la cour d'appel caractérisaient bien l'existence d'une chaîne de contrats translatifs de propriété dont il résultait que « la clause compromissoire, contenue au contrat liant les sociétés Amkor et AME, à laquelle la société Anam avait adhéré, avait force obligatoire à l'égard de la société ABS ». Dans son principe même, la solution retenue par cet arrêt du 27 mars 2007 paraît appeler l'approbation (I). Il serait cependant illusoire de croire que tous les problèmes se trouvent ainsi résolus (II).

I - 2 - Dès lors que l'on analyse le droit d'action du maillon ultime contre le maillon initial, dans une chaîne de contrats, comme procédant d'une transmission de l'action contractuelle accessoire au transfert du droit de propriété sur la chose (analyse sur laquelle on reviendra), il semble inévitable que la clause d'arbitrage puisse - comme toute clause du contrat sur lequel

on considère que l'action est fondée - être opposée au demandeur. Pour étayer cette idée, la Cour de cassation raisonne en termes « d'accessoire au second degré » (4) : la clause d'arbitrage circule en tant qu'accessoire de l'action, elle-même transmise en tant qu'accessoire de la chose. On peut ajouter que la clause a eu pour effet de « façonner » le droit d'action dont disposait chacune des parties au rapport contractuel initial (5). Or, la configuration objective qu'elle lui a donné ne saurait s'effacer au gré des transmissions de ce droit d'action à des tiers : un maillon amont de la chaîne ne peut pas transmettre à un maillon aval un autre droit que celui dont il dispose, et c'est un autre droit d'action qui serait transmis s'il se trouvait soustrait aux effets de la clause compromissoire (6).

La présente décision est conforme à cette analyse (7) et, à certains égards, elle l'est même davantage que l'arrêt *Peavey* qui assortissait le principe de transmission de certaines restrictions discutables. D'une part, le domaine de ce principe n'est désormais plus limité à l'hypothèse d'une « chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises ». Il faut s'en féliciter, car il n'y avait aucune raison de cantonner la solution aux chaînes *homogènes* alors que la transmission de l'action contractuelle est admise dans toutes les chaînes de contrats translatifs de propriété, même hétérogènes. De même, rien ne justifiait la référence à l'existence d'une chaîne relative à des *marchandises*, par opposition à d'autres types de biens, dès lors qu'une telle limitation n'a normalement pas cours s'agissant de la circulation de l'action contractuelle elle-même (8). D'autre part, la décision de 2001 n'envisageait littéralement que la circulation de la « clause d'arbitrage international ». La formule de l'arrêt *Alcatel business systems* est plus large puisqu'elle vise en des termes généraux « la clause compromissoire », ce qui suggère que la solution vaut également en matière interne où elle est au moins aussi justifiée. Enfin, et surtout, l'arrêt *Peavey* permettait au demandeur d'échapper à l'application de la clause compromissoire en apportant la « preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause ». Cette exception était critiquable à un double titre. D'un point de vue logique, d'abord, l'introduction d'un tel élément subjectif se comprenait mal dès lors que la transmission de l'action contractuelle et de la clause compromissoire qui l'accompagne est censée reposer sur un mécanisme *purement objectif*, c'est-à-dire déconnecté de toute référence à une forme d'acceptation de la part du demandeur. On ne considère d'ailleurs pas, en général, que le dernier maillon de la chaîne peut écarter à loisir les clauses du contrat initial qu'il pouvait raisonnablement ignorer ; pour quelle mystérieuse raison faudrait-il réserver un traitement différent à la clause compromissoire ? D'un point de vue pratique, ensuite, le tempérament prévu par l'arrêt *Peavey* était la source d'une grave insécurité juridique, « l'ignorance raisonnable de la clause » pouvant donner lieu à des appréciations si variées qu'il semblait même difficile de savoir si, statistiquement, c'était l'application ou la mise à l'écart de la clause compromissoire qui était vouée à prédominer ! La vaste palette des opinions exprimées par les commentateurs à ce sujet en disait long sur le flou qui régnait (9). Il est donc heureux que la Cour de cassation ait profité de l'arrêt *Alcatel business systems* pour délester sa jurisprudence de la singulière exception dont elle avait cru devoir l'assortir.

3 - Certains annotateurs de l'arrêt *Peavey* avaient fait état d'un autre motif d'insatisfaction qui tenait, selon eux, à ce que le principe de transmission semblait s'appliquer automatiquement en matière internationale, sans que soit mené un raisonnement en termes de conflits de lois (10). Ces auteurs seront peut-être renforcés dans leurs craintes par l'arrêt du 27 mars 2007 qui n'envisage à aucun moment l'applicabilité d'une loi étrangère alors que le contentieux était loin de se rattacher exclusivement à la sphère française.

Il n'est cependant pas sûr que le grief soit fondé. Non pas qu'il y ait lieu d'*approuver* une application générale et inconditionnelle du principe de transmission dans les litiges internationaux. Sans être absolument exceptionnelles en droit comparé, les solutions du droit français relatives aux chaînes de contrats n'en sont pas moins relativement isolées et il paraîtrait déraisonnable de les imposer péremptoirement à toute situation dont pourraient avoir à connaître les juridictions françaises ; les prévisions des parties risqueraient d'être déjouées, et l'harmonie internationale des solutions compromise. Mais, il n'est pas certain que la Cour de cassation ait choisi de s'engager dans cette voie. Force est d'observer, en effet, que dans les affaires *Peavey* et *Alcatel business systems* aucune partie ne semble avoir soulevé le problème du conflit de lois ; or, s'agissant de droits disponibles, il est admis de

longue date que le juge n'a nullement l'obligation de suppléer d'office à une telle carence (11). Plus encore, il convient de relever que, dans les deux arrêts, la Cour de cassation a très clairement lié la circulation de la clause compromissoire à celle de l'action née du premier contrat. Or, autant il paraît plausible que la Haute juridiction admette la solidarité de l'une et l'autre indépendamment de toute recherche de la loi applicable (ou, si l'on préfère, qu'elle pose à cet effet une *règle matérielle de droit international privé*) (12), autant il semble peu vraisemblable qu'elle entende soumettre systématiquement au droit interne français la question de savoir si dans une chaîne de contrats internationale, l'action contractuelle née en amont se transmet en aval jusqu'au dernier maillon. Dans une certaine mesure, une telle approche serait au demeurant contraire à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la responsabilité du fait des produits (13).

Il nous paraît donc raisonnable de distinguer deux questions 1°) l'action contractuelle est-elle transmise ? ; 2°) la clause compromissoire suit-elle le même sort ?, et de considérer, jusqu'à plus ample informé, que la première d'entre elles au moins reste justiciable de la méthode conflictuelle (14). Un demandeur devrait donc pouvoir échapper aux effets de la clause en se prévalant de la compétence d'une loi étrangère qui ne connaîtrait aucun mécanisme de transmission de l'action contractuelle dans les chaînes de contrats, ou encore ignorerait le principe du non-cumul des responsabilités et lui permettrait à ce titre de s'affranchir du cadre dessiné par le contrat initial.

**II - 4 -** Si les orientations jurisprudentielles apparaissent en définitive fondées, il ne faut pas se cacher qu'elles laissent subsister certaines incertitudes. En premier lieu, on doit composer avec la faculté reconnue à certains contractants d'agir sur un fondement extra-contractuel, en dépit de leur positionnement dans la chaîne translatrice. On songe notamment à la possibilité d'engager une action en vertu des articles 1386-1 et suivants du code civil, qui organisent une responsabilité du fait des produits défectueux transcendant la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle et, partant, celle entre contractants et tiers. La clause compromissoire a-t-elle vocation à jouer lorsque le demandeur entend se placer sur ce terrain ?

Pour répondre par la négative, il ne suffit pas de relever, nous semble-t-il, que l'action est fondée sur autre chose que la violation des obligations issues du contrat situé en amont de la chaîne. En effet, sauf à ce que l'interprétation des termes de la clause justifie une solution différente, il faut sans doute considérer, en principe, que la voie de l'arbitrage est seule ouverte dans les rapports entre les parties initiales au contrat (typiquement, le premier vendeur et le premier acheteur), *même si celle qui a reçu le bien invoque la responsabilité du fait des produits plutôt que la responsabilité contractuelle*. Il est normal de penser que les contractants ont entendu soumettre à l'arbitrage l'ensemble du contentieux suscité par leur relation plutôt qu'une partie seulement de celui-ci ; à cet égard, le fondement des actions exercées doit *a priori* être tenu pour indifférent.

La clause compromissoire peut-elle alors jouer lorsque l'action envisagée est exercée par un maillon ultérieur de la chaîne contractuelle ? Nous ne le pensons pas. La raison à cela est que si les parties initiales ont pu configurer, par la clause, *l'ensemble de leurs droits d'action (i.e. ceux fondés sur la violation du contrat et sur les articles 1386-1 et suivants)*, elles n'ont pas pu aller plus loin. Or le sous-acquéreur, par exemple, lorsqu'il invoque la responsabilité du fait des produits, n'exerce pas un droit d'action qui lui a été transmis par le vendeur intermédiaire ; il s'agit d'un droit propre qui lui est *immédiatement conféré par la loi*, et qui n'a donc pas pu être « contaminé » par la clause compromissoire (15). L'intéressé pourra néanmoins avoir un intérêt à se prévaloir de cette dernière, il est vrai, car le régime des articles 1386-1 et suivants ne couvre - schématiquement - que la réparation des dommages causés par le produit, à l'exclusion de ceux causés au produit lui-même. Aussi bien, pour éviter une scission du contentieux inopportune, la victime pourra être tentée d'agir en intégralité sur le terrain contractuel, de manière à soumettre toutes ses demandes aux arbitres. La loi le permet, puisque la responsabilité du fait des produits ne prive pas la victime de l'action dont elle peut disposer au titre des règles relatives à la responsabilité contractuelle ou délictuelle (art. 1386-18, al. 1er, C. civ.).

5 - En second lieu, le régime de la circulation de la clause compromissoire comporte encore d'importantes zones d'ombre qui concernent au premier chef les rapports entre maillons intermédiaires de la chaîne. Par exemple, dans la mesure où la jurisprudence « reconnaît au bénéficiaire final de la prestation la possibilité d'assigner et de faire condamner *in solidum* chacun de ceux qui se situent en amont par rapport à lui dans le processus de distribution »<sup>(1)</sup>, faut-il considérer que tous peuvent à cette occasion être attirés dans une même procédure arbitrale sur le fondement de la clause figurant dans le premier contrat ? A la limite, la clause insérée dans le contrat initial pourrait-elle être invoquée dans le cadre d'un litige opposant deux vendeurs intermédiaires, directement liés ou non par un autre contrat ? En tout état de cause, quel sort convient-il de réserver aux clauses compromissoires que peuvent comporter les contrats intermédiaires ? En l'espèce, ce type de problème ne se posait pas, puisque les sociétés Anam et Amkor s'étaient entendues pour procéder à une sorte de novation, consistant à remplacer la clause initialement stipulée dans leur contrat par une clause jumelle de celle introduite dans le contrat Amkor-AME. Mais, un tel cas de figure n'est pas lui-même sans soulever certaines difficultés car il n'est pas sûr que n'importe quel accord entre les parties au premier contrat puisse être inconditionnellement opposé aux parties qui se situent en fin de chaîne. Quoique l'arrêt se montre particulièrement lapidaire sur ce point, il faudrait peut-être considérer qu'un tel accord n'est opposable qu'à condition d'être antérieur au transfert de l'action contractuelle au maillon aval, autrement dit à la conclusion du sous-contrat.

Les difficultés que l'on peut éprouver à résoudre toutes ces questions s'expliquent sans doute en grande partie par une donnée simple, qui tient à la fausseté du modèle conceptuel sur la base duquel sont pensées, en droit français, les actions en responsabilité dans les chaînes de contrats. En effet, bien qu'il soit toujours habituel de raisonner en termes de *transmission par accessoire* de l'action contractuelle - habitude qu'a d'ailleurs épousée la présente note, par simplicité et commodité, mais aussi par souci de conformité au droit positif - il est aujourd'hui presque unanimement admis en doctrine que cette grille de lecture est erronée<sup>(2)</sup>. Il suffit pour s'en convaincre d'observer que la prétendue « transmission » de l'action d'un maillon X à un maillon Y de la chaîne n'a pas pour effet de priver définitivement X de son droit d'action contractuel, qu'il pourra toujours exercer s'il y a intérêt, en se soumettant à l'arbitrage, si une clause compromissoire existe. Or, ce schéma ne correspond nullement à celui de la transmission, qui est par essence un jeu à somme nulle : rien ne se perd, rien ne se crée. En réalité, on est bien davantage en présence d'un « mécanisme multiplicateur du lien d'obligation »<sup>(3)</sup>. Pour reprendre les termes de Mme Bacache-Gibeili, ce mécanisme « n'a pas d'effet translatif mais un *effet attributif limité*. Il ne réalise pas une substitution d'une personne à une autre dans un rapport préexistant mais surajoute au lien obligatoire préexistant au profit du contractant du débiteur un nouveau lien obligatoire en faveur du membre [de la chaîne] »<sup>(4)</sup>. Il serait heureux que la jurisprudence se décide à retenir cette analyse théorique qui l'emmènerait certes en terrain moins connu, mais pourrait sans nul doute, une fois explorée, éclairer bien mieux certains aspects du régime des chaînes de contrats. Tout particulièrement, il est probable que la compréhension des problèmes soulevés par les relations entre maillons intermédiaires - pour laquelle l'analyse en termes de transmission n'est à peu près d'aucun secours - serait à terme facilitée. Ce n'est qu'au prix de cette rénovation des fondements du droit commun que pourra être totalement clarifié le traitement de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété.

#### Mots clés :

ARBITRAGE \* Arbitrage international \* Clause compromissoire \* Opposabilité \* Chaîne de contrats \* Transmission automatique

(1) Civ. 1re, 6 févr. 2001, D. 2001. Somm. 1135, obs. Delebecque<sup>(1)</sup> ; RTD com. 2001. 413, obs. Loquin<sup>(2)</sup> ; *ibid.* 754, obs. Bouloc<sup>(3)</sup> ; Rev. crit. DIP 2001. 522, note Jault-Seseke ; Rev. arb. 2001. 765, note Cohen ; JCP 2001. II. 10567, note Legros ; Defrénois 2001, art. 37365, note Libchaber ; JCP E, 2001. 1238, note Mainguy et Seube ; CCC 2001, Comm. n° 82, note Leveneur ; sur cet arrêt V. Seraglini, Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt *Peavey*, Cah. arb., Gaz. Pal., juill. 2002, p. 87 ; Niboyet-Hoegy, Trois arrêts importants sur la portée des clauses d'arbitrage et de juridiction à

l'égard des parties non signataires, Cah. arb., Gaz. Pal., juill. 2002, p. 96 ; *adde*, Moury, Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs, D. 2002. Chron. 2744.

(2) Assez curieusement, nul ne semble avoir songé que l'effet négatif du principe de compétence-compétence aurait pu être utilement invoqué pour justifier le renvoi des parties à l'arbitrage, dès lors que la clause compromissoire n'était certainement pas manifestement nulle ou inapplicable.

(3) Le pourvoi contestait également l'application de la clause aux filiales, en soulignant que ces dernières n'avait conclu aucun contrat translatif de propriété. De manière assez classique, cet argument a été écarté au motif 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 ». On ne s'attardera pas sur cet aspect, l'apport essentiel de l'arrêt *Alcatel business systems* se logeant évidemment ailleurs.

(4) Libchaber, note préc., p. 709. Rappr. Legros, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Rouen, 1999, n° 79 s., 117 s.

(5) V. Mayer, La « circulation » des conventions d'arbitrage, JDI 2005. 251, n° 9 s. ; Bollée, La clause compromissoire et le droit commun des conventions, Rev. arb. 2005. 917, n° 7 s. V. déjà Ancel, Arbitrage et novation, Rev. arb. 2002. 3, n° 7.

(6) Cf. « La clause compromissoire... », préc., n° 10. Il conviendrait de raisonner à l'avenant en présence d'une clause attributive de juridiction ; malheureusement cette idée n'est pas toujours admise en jurisprudence (V. encore récemment Com. 4 janv. 2005, D. 2005. AJ. 214, obs. Chevrier, et Pan. 2748, obs. Kenfack ; RTD com. 2005. 589, obs. Bouloc ; JCP 2005. II. 10067, note Legros ; RDC 2005. 736, obs. Delebecque).

(7) Sur le fait que la clause appliquée, en l'espèce, était apparemment celle du *deuxième* contrat (autrement dit, celle conclue entre deux maillons intermédiaires de la chaîne de contractants), V. *infra*, n° 5.

(8) Ces critiques avaient été formulées par la plupart des commentateurs de l'arrêt *Peavey*. V. ainsi Seraglini, *op. cit.*, n° 21.

(9) V. la synthèse de Seraglini, *op. cit.*, n° 24 s.

(10) V. ainsi Cohen, note préc., p. 770 ; Seraglini, *op. cit.*, n° 34.

(11) Cette solution n'a pas été remise en cause par l'évolution récente de la jurisprudence relative à l'office du juge ; V. la synthèse de Ancel et Muir Watt, note ss. Civ. 1re, 28 juin 2005 et Com., 28 juin 2005, Rev. crit. DIP 2005. 645, spéc. 658.

(12) Pareille démarche ne prêterait guère le flanc à la critique, dès lors qu'il est presque unanimement admis en droit comparé que la clause compromissoire est transmise si et seulement si les droits contractuels le sont (cf. Mayer, *op. cit.*, n° 23).

(13) V. la note suivante.

(14) Rappr. Loquin, Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises, Cah. arb., Gaz. Pal., juill. 2004, p. 49, n° 64 ; Mayer, *op. et loc. cit.* La détermination de la loi applicable à l'action exercée contre le premier maillon de la chaîne de contrats n'est pas chose aisée. Une distinction s'impose. 1°) S'agissant des dommages causés *par* le produit, il faut se référer aux solutions de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits du 2 octobre 1973 (cf. son art. 1er). 2°) S'agissant des dommages causés *au* produit, la meilleure solution semble être de donner compétence à la loi qui régit le contrat par lequel est lié le défendeur à l'action. En effet, « c'est de cette loi que découle l'obligation

dont la méconnaissance est invoquée par le demandeur, et c'est donc à elle qu'il appartient de préciser quelles personnes sont en droit de se prévaloir de sa méconnaissance » (Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, 8e éd., Montchrestien, n° 752-1 ; V. aussi Heuzé, La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale, *Rev. crit. DIP* 1996. 243 ; V. cep., *contra*, Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey, 1938, n° 469 ; Flour, *L'effet du contrat à l'égard des tiers*, thèse Paris II, 1977, n° 80 s. ; Cozian, *L'action directe*, LGDJ, 1969, n° 544 s. ; Lagarde, La sous-traitance en droit international privé, in *La sous-traitance de marchés, de travaux et de services*, dir. Gavalda, *Economica*, 1978, p. 192 s. ; Leclerc, Les chaînes de contrats en droit international privé, *JDI* 1995. 267). Un arrêt a paru se prononcer en ce sens (Civ. 1re, 10 oct. 1995, D. 1996. Somm. 171, obs. Audit<sup>15</sup> ; *Rev. crit. DIP* 1996. 332, note Heuzé).

(15) Rapp. Seraglini, *op. cit.*, n° 35.

(16) Viney, L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats, in *Mélanges Dominique Holleaux*, Paris, 1990, p. 399, spéc. p. 416 ; V. plus récemment Viney et Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, dir. Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2006, n° 750.

(17) V. à titre illustratif Ghestin, Jamin et Biliau, *Les effets du contrat*, *Traité de droit civil*, dir. Ghestin, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 1117 ; Viney et Jourdain, *op. cit.*, n° 750, et les réf. citées.

(18) Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003, n° 360.

(19) *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996, n° 332.