

ARBITRAGE, RESPONSABILITE QUASI DELICTUELLE ET CONCOURS DE RESPONSABILITE

Denis PHILIPPE

Professeur extraordinaire à l'Université de Louvain
Professeur invité à l'Université de Paris Ouest
Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Luxembourg.

Nous croyons opportun d'introduire notre exposé par un cas tiré de la jurisprudence

Un maître d'œuvre confie l'établissement de plans d'une construction à un architecte. Cette convention contient une clause arbitrale qui prescrit que « *Toute action résultant du contrat ou de l'entreprise est soumise à l'arbitrage.* »

Les plans établis par l'architecte avaient prévu le placement d'une fosse septique en zone *non aedificandi* et plus spécifiquement à 10cm d'un pipeline militaire de l'OTAN.

L'architecte est assigné, pour cette erreur, devant les juridictions ordinaires par le maître de l'ouvrage sur une base quasi-délictuelle.

La cour d'appel de Liège a décidé que la clause ne trouve pas application lorsque le maître de l'ouvrage recherche la responsabilité de l'architecte non sur une base contractuelle mais sur une base quasi-délictuelle.¹²

Plus récemment, la cour d'appel d'Anvers ³ a décidé qu'une clause d'arbitrage doit être interprétée de manière restrictive et qu'elle n'inclut donc pas les demandes fondées sur la responsabilité précontractuelle d'une partie.

La responsabilité quasi-délictuelle est-elle si étrangère à l'arbitrage ? Nous pourrions déceler au cours de cette étude, une symbiose entre ces deux institutions.

Nous rappellerons la problématique du concours de responsabilité en droit belge et du droit comparé (1). Nous verrons ensuite dans quelle mesure les arbitres sont compétents pour traiter de la responsabilité quasi-délictuelle en droit comparé également (2). Nous nous attacherons ensuite au libellé de la clause et à la définition de la mission des arbitres (3). Nous étudierons brièvement la situation des tiers ainsi que la responsabilité pénale (4.) nous terminerons par des réflexions générales et des recommandations au niveau de la rédaction de la clause (5). Nous n'aborderons pas spécifiquement la problématique de la nullité du contrat ou de sa rupture abusive.

I. Le concours de responsabilité : rappel du droit belge et du droit comparé.

1.1. Droit belge.

Le droit belge a connu une importante évolution en la matière mais il nous semble préférable de renvoyer aux meilleurs auteurs sur cette question.

¹ Liège, 4 septembre 1987. *J.L.M.B.*, 1988, p.309 et note P. HENRY Cumul de responsabilités et in solidum, Un dangereux cocktail ; voy. G. KEUTGEN & G.A.DAL, *Le droit de l'arbitrage national et international*, Bruylant, tome I, 2006, p.178.

² Voy. DE BOURNONVILLE (P.), « L'objet du différend », *Rép. Not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 6, *Arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2017, n°73.

³ 3 décembre 2012, *R.D.C.*, 2014, p.373.

Dans un arrêt du 13 février 1930, la Cour de cassation a considéré que les parties avaient en règle le choix d'introduire leur action sur la base contractuelle ou extracontractuelle.⁴

Dans un important arrêt du 7 décembre 1973⁵, la Cour s'est montrée plus restrictive. L'option entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle suppose, énonce l'arrêt :

- La violation d'une obligation qui s'impose à tous
- Un dommage qui ne soit pas purement contractuel.

Cette jurisprudence restreint fortement les possibilités de concours, ce qui renforce bien sûr la portée de la clause arbitrale puisqu'il sera plus difficile d'introduire une action hors contrat.

La Cour de cassation a ultérieurement précisé que le concours était possible en cas de responsabilité pénale.⁶

Dans l'arrêt du 29 septembre 2006, la Cour de cassation a estimé que l'option entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle était possible sauf si le dommage était purement contractuel.⁷

Un projet de réforme du droit de la responsabilité quasi-délictuelle a été préparé par un comité d'experts institué par le Ministre de la Justice par arrêté ministériel du 30 septembre 2017.⁸

Le projet s'inspire de la liberté de choix entre la responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle⁹ Cependant, les clauses contractuelles applicables aux relations entre parties vont prévaloir sur la responsabilité extracontractuelle. Le projet insiste sur le nécessaire respect des clauses contractuelles entre parties.¹⁰ Il ne mentionne pas les clauses arbitrales mais on peut penser qu'elles sont visées.

1.2. Le droit anglais

1.2.1. Introduction

Dans les siècles précédents, les auteurs ne percevaient pas le problème du concours¹¹. Le concours est désormais admis et les deux arrêts assez récents cités ci-après retracent l'évolution.

Dans l'affaire *Tai Hing Cotton Mil Ltd v. Li Yu Chang Hing Bank Ltd*, Lord Scarman du Conseil Privé avait énoncé:

«Dear Lordship, do not believe that there is anything to the advantage of the law's development in searching for a liability in torts, where the parties are in a contractual relationship»¹².

⁴ J.T., 1930, p.182.

⁵ Arr.Cass. 1974, 395, Pas.1974, I, 376, RW1973-74, 1597, note J. HERBOTS, RCJB, 1976 pp.15 e.s. et note R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF

⁶ Cass. 26 octobre 1990, R.C.J.B., 1992, p.497 et note R.O. DALCQ

⁷ Arr.Cass. 2006, 1863; NJW2006, 946, note I. BOONE, RW 2006-07, 1717, note A. Van Oevelen, RW2006-07, TBO 2007, 66, note K. VANHOVE, 7 juin 2010 (RG C. 09.0586. N.), 24 mars 2016 (RG C.14.0329.N) et 17 mars 2017 (AR C.16.0283.N).

⁸ Voy. https://justice.belgium.be/sites/default/files/voortontwerp_van_wet_aansprakelijkheidsrecht.pdf; https://justice.belgium.be/sites/default/files/memorie_van_toelichting_aansprakelijkheidsrecht_0.pdf

⁹ Voy. exposé des motifs, p.4. Voir article 5.141.

¹⁰ Exposé des motifs, p.22.

¹¹ CHITTY, *On contracts*, 2013, p. 60.

¹² [1986] AC80,107.

Cette jurisprudence a été abandonnée par la jurisprudence de la «House of Lords» dans une importante décision *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*¹³ dans laquelle Lord Goff énonça: «... in the present context, the common law is not antipathetic to concurrent liability and ... there is no sound basis for a rule which automatically restricts the claimant to either a tortious or a contractual remedy. The result may be untidy; but given that the tortious duty is imposed by the general law, and the contractual duty is attributable to the will of the parties, I do not find it objectionable that the claimant may be entitled to take advantage of the remedy which is most advantageous to him, subject only to ascertaining whether the tortious duty is so inconsistent with the applicable contract that, in accordance with ordinary principle, the parties must be taken to have agreed that the tortious remedy is to be limited or excluded»¹⁴.

L'on constate donc le caractère incertain des décisions qui est sans doute lié à la complexité de la délimitation entre responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle et la diversité des situations de fait.

Section 2. Le droit allemand ;¹⁵

En droit allemand, la violation d'une obligation contractuelle se distingue bien de la violation d'un droit absolu au sens du paragraphe 823 du BGB, ou de la violation d'une loi protectrice au sens du paragraphe 823 2° du BGB.

Ceci étant, le concours est possible en cas de violation d'un droit protégé par le paragraphe 823 qui constitue en même temps la violation d'un contrat. La seule exception existe lorsque l'application du droit de la responsabilité non-contractuelle aurait pour effet de mettre à mal le but même de la norme contractuelle, notamment parce que cette norme contractuelle prévoit des exonérations de responsabilité ou des délais de prescription plus courts.

Ainsi, est refusée l'application des articles relatifs à la responsabilité quasi-délictuelle en matière de bail, alors que l'article 558 du Code civil prévoit en matière de bail, un délai de prescription beaucoup plus court qu'en matière de responsabilité non-contractuelle¹⁶.

Un auteur a eu une influence importante en droit allemand, à savoir Dietz¹⁷. L'auteur estime que le droit de la responsabilité civile et le droit des contrats ne sont pas subsidiaires l'un par rapport à l'autre et qu'en outre, l'un n'est pas une matière spéciale par rapport à l'autre. Il n'y a dès lors pas de concurrence entre les deux branches du droit et en conséquence, chacune peut évoluer de manière propre, l'auteur laissant ainsi une large place à une évolution tout à fait indépendante de l'action en responsabilité contractuelle et en responsabilité non-contractuelle, indépendance allant même jusqu'à la juridiction compétente¹⁸.

La jurisprudence allemande est très illustrative. L'on peut citer une décision du Bundesgerichtshof du 28 avril 1953, qui énonce clairement que le transporteur ou le dépositaire de marchandises était investi d'une obligation de veiller à la chose. Cette obligation est basée sur le paragraphe 823 du BGB, même si les parties sont reliées par un lien contractuel. Cette même décision précise que chacune des actions peut être exercée concomitamment et qu'elles répondent à leurs règles respectives en matière de prescription¹⁹. Le Bundesgerichtshof confirme ainsi la jurisprudence du Reichsgericht.

¹³ [1995]2 AC 145 at 93-4.

¹⁴ Voy. *Aussl Holt y. Payne Skillington* *The Times*, 22 Dec. 1995; Voy. *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 6th Edition, by S. DEAKIN, A. JOHNSTON and B. MARKESINIS, Clarendon Press, Oxford, p. 29.

¹⁵ Peter H. SCHLECHTRIEM, «*Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt, amerikanischen und deutschen Recht*», *Arbeiten zur Rechtsvergleichung* (Schriften Reihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung), Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1972.

¹⁶ P. SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷ R. DIETZ, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, 1934, Bonn.

¹⁸ P. SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, p. 43; R. DIETZ, *op. cit.*, 1934, Bonn, pp. 169-173.

¹⁹ BGHZ 9, p. 301.

Dans une décision du 17 mars 1987, le Bundesgerichtshof confirme également la thèse de la concurrence d'action et fait référence expressément à l'ouvrage précité de DIETZ²⁰.

Dans un arrêt du 20 novembre 1984, le Bundesgerichtshof a décidé que le tempérament de responsabilité de l'article 525 du Code Civil n'est pas d'application lorsqu'il s'agit d'une violation d'un droit protégé qui n'est pas en relation directe avec l'objet d'une donation²¹. Cette notion de relation directe avec l'objet du contrat est une notion très intéressante dans le cadre de cette étude de droit comparé.

De même dans une décision du 23 mars 1966, la Cour suprême a décidé que la limitation de responsabilité du commissionnaire pour perte ou endommagement des marchandises transportées, qui repose sur le paragraphe 430 du Code de Commerce, n'empêche pas la responsabilité pour acte illicite en cas d'atteinte à la propriété basée sur le paragraphe 823 BGB²².

L'on constatera que, contrairement au droit belge, le fait qu'il s'agit d'un dommage de nature contractuelle n'est pas suffisant pour écarter le concours.

Nous n'entrerons pas dans d'autres détails et renverrons au projet de cadre commun de référence européen.²³

Section 3 Le droit français.

En droit français, le concours de responsabilité est en principe interdit :²⁴ « *Le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle* »²⁵

Ainsi c'est la seule responsabilité contractuelle qui régira les relations entre un moniteur de moto et son élève accidenté.²⁶

Certains auteurs ont considéré que des obligations comme le devoir d'information ne constituaient pas des obligations contractuelles, ouvrant donc la voie à l'action quasi-délictuelle; cette thèse a été à juste titre critiquée car le devoir d'information trouve son fondement dans les articles 1134, alinéa trois et 1135 du Code civil.

Section 4. Conclusions.

L'on constate que les solutions proposées par les différents droits sont fort différentes ; elles sont fonction notamment de l'importance donnée d'un droit à l'autre à la responsabilité contractuelle. En droit allemand la responsabilité délictuelle est très restrictive contrairement au droit français ou belge qui connaissent une clause générale de responsabilité civile.²⁷

Enfin dans certains cas, plus aucune distinction n'est faite entre responsabilité contractuelle et responsabilité quasi-délictuelle ; l'on pense à la responsabilité des produits défectueux.

²⁰ BGHZ, p. 100. La décision citée à la page 190, référence à l'ouvrage de DIETZ, à la page 100.

²¹ BGHZ 93, p. 23

²² BGHZ 46, p. 140; Voyez aussi pour une autre hypothèse de concurrence de responsabilité BGH, 20 décembre 1966, BGHZ, 46-313 et spécialement p. 316 et les références citées; Voyez aussi P. SCHLECHTRIEM, p. 328 et références citées, qui citent un ensemble d'exemples de cumul de responsabilité en cas de contrat d'entreprise.

²³ *Principles, Definitions and Model rules of European Private Law, Draft Common Framework of Reference* (DCFR (Full Edition) Sellier, 2009). Article VI-1.101.

²⁴ Voy. P. ANCEL, *Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, Responsabilité civile et assurances* n° 2, Février 2012, dossier 8 ; M. POUMAREDE, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, Chapitre 3213.

²⁵ Civ. 1^{ère} chambre 11 janv. 1989, pourvoi 86-17323 ; M. POUMAREDE, *Dalloz, Droit de la responsabilité et des contrats*, Chapitre 3213

²⁶ Civ. 2^{ème}, 10 juill. 2008, nr 07-18.311. Voy. aussi Civ. 2^{ème} Ch, 21 juin 2001, n 99-15.732, *Bull. civ. II*, n122

²⁷ Voy. P. ANCEL, *op.cit.* n°2.

II. **Le concours de responsabilité : un faux problème ? Compétence des juges en matière quasi-délictuelle.**

La notion du concours de responsabilité en matière d'arbitrage ne se posera dans des termes aussi aigus que ceux de la décision liégeoise exposée en introduction si l'on estime que l'arbitre peut connaître de litiges en matière quasi-délictuelle.

Nous nous proposons d'exposer ce thème à la lumière de la jurisprudence étrangère.

Longtemps la compétence des arbitres en matière quasi-délictuelle a été contestée mais nous croyons pouvoir déceler une inversion de tendance dans la jurisprudence plus récente.²⁸

2.1. L'on peut citer une intéressante décision grecque.

Un contrat d'agence exclusive entre une entreprise suédoise et un agent grec est assorti d'une clause arbitrale. La clause prévoyait l'arbitrage à tout litige survenant en relation avec le contrat.

Le contrat portait sur la fourniture de munitions.

L'agent introduit une action contre le principal devant les tribunaux ordinaires sur une base quasi-délictuelle pour rupture abusive. En première instance et en appel, les juges se déclarent compétents puisqu'il s'agissait d'une action extracontractuelle. La Cour suprême casse l'arrêt de la cour d'appel. La Cour suprême considéra que l'action en rupture abusive pouvait trouver son fondement tant dans la responsabilité contractuelle qu'extracontractuelle et, partant, la clause arbitrale devait sortir ses pleins effets.

2.2. Epinglons aussi une décision de la Cour de cassation de France.²⁹ La Cour rappelle que, en vertu du principe « compétence-compétence » il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité *manifeste* de la clause d'arbitrage. Pour faire simple, un liquidateur d'une société liée par un contrat de franchise aux défendeurs ; ceux-ci soulèvent l'exception d'incompétence au motif notamment que le liquidateur n'était pas partie à la convention prévoyant une clause arbitrale et que la responsabilité mise en cause était une responsabilité quasi-délictuelle.

La Cour de cassation cassa cette décision estimant que la cour d'appel n'établissait le caractère manifestement nul ou irrégulier de la clause et que l'action en responsabilité de droit commun est indépendante de la procédure collective.

L'on peut ensuite citer une autre décision récente de la Cour de cassation française qui, elle, se prononce dans un sens différent. Elle portait sur les faits suivants.³⁰

Un club de football introduit une action contre la FIFA devant les tribunaux ordinaires. Une clause compromissoire liait les deux parties litigantes. La FIFA soulevait l'incompétence des juridictions ordinaires. Le club de football prétendait que la clause compromissoire ne pouvait trouver application dans les litiges de nature extracontractuelle.

Cette exception d'incompétence a été accueillie favorablement par le juge du fond.

La Cour de cassation rejette le pourvoi introduit par le club.

²⁸ Charles JARROSSON, Fascicule 10 *Arbitrage commercial*, *JurisClasseur Notarial Formulaire Droit Interne*, CA Paris, 11 déc. 1981 : *D.* 1982, p. 387 ; *Rev. arb.* 1982, p. 311, note J. RUBELLIN DEVICHI. – CA Paris, 24 mai 2000 : [JurisData n° 2000-117311](#) ; *Rev. arb.* 2001, p. 235, note P. DIDIER. – CA Paris, 2 juin 2004 : *Rev. arb.* 2005, p. 673, 2^e espèce.

²⁹ Chambre civile 1, 3 Février 2010 - n° 09-12.669

³⁰ Cass 6 Juillet 2016 n°15-19.521

Le pourvoi énonçait :

« les litiges régis par une telle clause contractuelle ne peuvent être que des litiges contractuels et que, par conséquent, l'action en responsabilité délictuelle du [club] échappait à la compétence dudit tribunal arbitral au profit des juridictions judiciaires françaises »

La Cour considéra qu'une clause d'arbitrage en cas de différend entre les parties au contrat, rédigée en termes généraux, n'est pas manifestement inapplicable à une action en responsabilité délictuelle.

III. Clause arbitrale et mission des arbitres.

3.1. La clause arbitrale : favor arbitrandum.

Les clauses sont généralement interprétées largement.

Le libellé diffère. Certaines clauses mentionnent uniquement les litiges dérivant « *arising out of* » du contrat. Dans ces cas, la violation d'une obligation qui s'impose à tous et qui cause un dommage qui n'est pas purement contractuel, pourra ne pas tomber sous le champ d'application de la clause mais ce n'est pas nécessairement le cas.³¹

Dans l'affaire *Fiona Trust*,³² la House of Lords avait à connaître de cas de chartes parties soumises à l'arbitrage. L'une des parties prétendait que les chartes parties avaient été obtenues grâce à la corruption. La House of Lords considéra que, en signant une clause d'arbitrage, les hommes d'affaire avaient l'intention de soumettre tous leurs litiges à l'arbitrage, qu'il y ait ou non corruption.

Un autre cas tiré de la jurisprudence américaine concernait un contrat de sauvetage d'un navire échoué.³³ Le navire a pu être retiré mais en effectuant les opérations, la société de sauvetage a endommagé la coque du navire. La décision précitée a considéré que le litige était de nature quasi-délictuelle et n'était pas appréhendé par la clause arbitrage qui ne visait que les litiges découlant du contrat.

Transposé au cas de la cour d'appel de Liège précité, l'on pourrait en inférer que c'est à raison que le juge liégeois a estimé que le litige portant sur une faute quasi-délictuelle, ne tombait pas sous le champ de la clause arbitrale.

Très proche des faits de la décision liégeoise sont ceux de l'arrêt de l'Oberlandsgericht (autrichien) du 21 février 1996.³⁴

Un contrat portant sur une prestation de services d'architecture contenait une clause arbitrale. Le maître de l'ouvrage reproche à l'architecte le dommage causé à la maison voisine qu'il avait dû lui-même indemniser. S'est posée en cours de procédure la question de savoir si le dommage était un dommage contractuel.

La Cour suprême considéra que la clause arbitrale trouve application que le dommage soit ou non basé sur le contrat. La solution est donc bien loin de celle de la juridiction liégeoise.

Une autre espèce concernait une action en dommages entre associés. La clause arbitrale devait trouver à s'appliquer à tout litige concernant les affaires de l'association. La Cour suprême a décliné sa compétence ; se posait dans cette action la question de savoir si c'était à juste titre que l'association avait demandé un appel de fonds complémentaire à chaque associé. Le fait que cette question puisse être soumise à arbitrage n'a pas été considéré comme pertinent par la Cour. En effet, il s'agissait d'une question préliminaire à la demande

³¹ lib. p.20.

³² Premium Nafta Products Limited and others v. Fili Shipping Company Limited and others, (UKHL 2007) 40.

³³ Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime LLC, (U.S. Court of Appeals, 9th Circuit 2011).

³⁴ OGH, 21 février 1996, rôle no. 7 Ob 502/96

en dommages et donc n'était pas de nature à entraîner un déclinatoire de compétence en faveur des juridictions arbitrales.

Un contrat entre un chauffeur de taxi et une société de taxi exploitant la centrale de radio contenait une clause arbitrale,³⁵ qui soumettait à arbitrage tous les litiges qui résultaient entre associés du contrat.

Le chauffeur travaillait avec une société concurrente et se posait la question de savoir si l'action en concurrence déloyale tombait sous le champ de la clause arbitrale. La cour considéra que toutes les actions tombaient sous le champ de la clause même si le fondement de l'action n'était pas le contrat lui-même.

La clause arbitrale est-elle applicable en cas de *culpa in contrahendo* ? Dans une décision du 30 mars 2009,³⁶ la Cour suprême autrichienne a, sur la base d'une analyse des faits de la cause, répondu par l'affirmative. Cette décision peut être comparée avec celle où la cour d'Anvers a décidé en sens contraire.³⁷

Citons aussi la décision relative à la distribution d'instruments visant à mesurer la tension.³⁸ Le distributeur autrichien se disait victime de discrimination ; les prix qui lui étaient appliqués étaient supérieurs aux prix appliqués au distributeur allemand et, qui plus est, certains matériels ne lui étaient pas fournis. Le distributeur fondait son action tant sur le contrat que sur la violation du droit de la concurrence. La Cour suprême reconnut la compétence arbitrale. Elle invoqua la *favor arbitrandum*. Lorsqu'une clause vise tous les litiges résultant du contrat, elle vise tant les litiges basés sur la base contractuelle que sur la base extracontractuelle.

Les actions quasi-délictuelles introduites postérieurement à la fin du contrat sont, en droit français, soumises, en règle, à l'arbitrage.³⁹

3.2. Mission des arbitres.⁴⁰

Il faut avoir égard aussi à l'objet de litige.⁴¹ L'arbitre ne peut statuer sur une demande incidente qui sort des limites du litige.

Ainsi, lorsqu'une demande incidente concernait la responsabilité quasi-délictuelle d'une partie, l'objet de cette demande outrepassait l'objet du litige qui, lui, portait sur la responsabilité contractuelle. La cour d'appel avait pourtant confirmé la sentence et c'est la Cour de cassation qui censura cette décision de la cour d'appel de Paris,⁴²

Intéressante est la décision suivante de la cour d'appel de Paris. Celle-ci relève que l'article 1442 du Code de procédure civile fait état, pour fonder la compétence arbitrale,

³⁵ OGH, Juin 19, 1997, rôle no. 6 Ob 2213/96a

³⁶ OGH, 30 mars 2009, rôle no. 7 Ob 266/08f49.

³⁷ 3 décembre 2012, R.D.C., 2014, p.373.

³⁸ OGH, 26 août 2008, rôle no.40 Ob80/08f39

³⁹ E. LOQUIN, *op.cit.* n°10 qui cite notamment Cass. 11 octobre 1964, *Rev.arbitrage*, 1965, p.58. L'arbitre est compétent pour un litige portant sur des faits antérieurs à la conclusion du contrat mais qui sont en lien avec celui-ci.

⁴⁰ E. LOQUIN, *Jurisqueur Procédure civile*, Fasc. 1032 : v° Arbitrage. – Compétence arbitrale. – Investiture arbitrale. – Étendue. L'auteur précise que c'est dans la clause compromissoire et non dans l'acte de mission que l'arbitre puise sa compétence. (n°12)

⁴¹ Voy. sur l'extension de la clause compromissoire quant à l'objet du litige, E. LOQUIN, *op.cit.*, n°18 et 19.

⁴² Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 03-12.047 : *Juris-Data* n° 2005-028419 ; *Bull. civ.* 2005, I, n° 208. Il est difficile de tirer un enseignement trop général de ce texte car c'est un défaut de motivation qui est mis en exergue par la Cour suprême.

d'actions qui sont relatives à des litiges qui naîtraient « *relativement à ce ou ces contrats* » .⁴³ La cour en déduit que les actions en matière délictuelle sortent du champ d'application de la compétence arbitrale sauf s'il résulte de l'économie de la convention, de la généralité des termes du contrat tout comme de la commune intention des parties que les parties ont voulu soumettre à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat. La cour précise que dans cette appréciation, il ne convient pas de s'attacher à la qualification donnée à l'action.⁴⁴ Il convient donc que l'action délictuelle ou quasi-délictuelle ait un lien suffisant avec le contrat.⁴⁵ Cette question est souvent abordée dans les litiges portant sur la violation de la propriété intellectuelle,⁴⁶ de concurrence déloyale⁴⁷ ou de rupture abusive du contrat.⁴⁸

L'arrêt précité du 8 avril 2010 est intéressant : l'article 442-6 I-5 du Code de commerce sanctionne par une disposition impérative, la rupture des relations commerciales établies. La partie préjudiciée assigne devant les juridictions ordinaires alors que le contrat contenait une clause arbitrale. Le juge du fond se déclare incompétent en faveur des juridictions arbitrales. Le pourvoi soulignait que les juridictions ordinaires devaient être déclarées compétentes lorsqu'il s'agissait de l'application d'une loi de police.

La Cour de cassation relève que la clause arbitrale visait tout litige né ou en relation avec le contrat ; or, le litige portant sur la rupture du contrat est ainsi visé par la clause arbitrale, et, précise la Cour, il importe peu qu'il s'agisse de dispositions impératives, fussent-elles des lois de police.

Par contre, s'agissant de l'étendue de la mission de l'arbitre qui était appelé par un compromis arbitral à juger la responsabilité contractuelle résultant d'une rupture abusive des négociations, cette mission ne pouvait porter sur la responsabilité quasi-délictuelle parce que ce jugement implique un examen distinct de la mission principale, tant en fait qu'en droit.⁴⁹ La cour d'appel avait considéré que la demande en responsabilité quasi-délictuelle avait un objet différent de la demande principale ; la Cour de cassation était tenue par cette constatation de fait et n'a donc pu que rejeter le pourvoi introduit contre l'arrêt de la cour d'appel.

Il est intéressant de faire le parallèle avec les règles en matière de concours de responsabilité ; le concours est possible lorsque le dommage n'est pas purement contractuel ; dans la décision de la cour d'appel de Paris, c'est notamment l'économie de la convention qui permettra d'apprécier si le litige est inclus ou non dans la sphère de la clause arbitrale.

3.3.Arbitrabilité.

Un important arrêt rendu par la Cour suprême des Etats Unis mérite attention.⁵⁰ L'arrêt concernait de l'arbitrabilité d'actions portant sur des fraudes en matière de titres. La Cour suprême a écarté l'arbitrabilité de pareilles actions en responsabilité. Mais cet arrêt ne reflète plus la jurisprudence actuelle.

⁴³ E.LOQUIN, *op.cit.*, n°9.

⁴⁴ CA Paris, pôle 1, ch. 1, 1er juill. 2014, n° 13/09208, Sept de cœur : JurisData n° 2014-015198 ; D. 2014, p. 2544, obs.Clay.

⁴⁵ CA Douai, 17 sept. 2009, n° 05/07368 : RLDA 2010/55, n° 3177, obs. E. Gillet.

⁴⁶ Voy. not. TGI Paris, 21 déc. 2007, RG n° 05/12975 .

⁴⁷C.A. Paris, 6 avr. 2006 : *Rev. arb.* 2006, 925 (2e esp.), note D. Bensaude.

⁴⁸ Cass. civ. I, 8 juill. 2010 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 156 ; *Rev. arb.* 2010.513, note R. Dupeyré.

⁴⁹ Cass. 1re chambre civile., 6 mars 2007, n° 06-16.423 : JurisData n° 2007-037778 ; RTD com. 2007, p. 684, obs. LOQUIN ; *Rev. arb.* 2006, p. 925, 1re esp., note D. BENSABUE.

⁵⁰ Wilko v. Swan 346 U.S. 427 (1953), G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Seconde édition, Vol.I, p.945 e.s. La jurisprudence qui concerne plutôt les conflits entre le Securities Act de 1933 et le Federal Arbitration Act a évolué par la suite. (Voy. *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987)et la décision Wilko ne reflète plus vraiment le droit américain.

4. VARIA

4.1. Les tiers

Bien évidemment, les tiers sont étrangers à la procédure arbitrale et pourront mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle d'une partie au contrat assorti d'une clause arbitrale. Ainsi, un contrat d'entreprise comprend une clause arbitrale ; l'entrepreneur commet un manquement aux règles de l'art et endommage au cours des travaux, la propriété du voisin ; ce voisin peut tout naturellement introduire une action devant les juridictions ordinaires.

Il en est de même si la responsabilité de l'entrepreneur est mise en cause suite à un accident corporel sur chantier d'un passant.

Il faut aussi, en cas de responsabilité objective, que celle-ci puisse continuer à protéger les victimes ; l'on pense par exemple, aux lois sur les accidents du travail.

Epinglons une intéressante décision de la Cour de cassation de France ⁵¹ La Cour rappelle que, en vertu du principe « compétence-compétence » il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité *manifeste* de la clause d'arbitrage. Pour faire simple, un liquidateur d'une société liée par un contrat de franchise lance une action contre ses cocontractants ; ceux-ci soulèvent l'exception d'incompétence au motif notamment que le liquidateur n'était pas partie à la convention prévoyant une clause arbitrale et que la responsabilité mise en cause était une responsabilité quasi-délictuelle. La Cour de cassation cassa cette décision estimant que la cour d'appel n'établissait le caractère manifestement nul ou irrégulier de la clause et que l'action en responsabilité de droit commun est indépendante de la procédure collective.

Dans un arrêt du 13 septembre 2017, ⁵²la Cour de cassation a rappelé que le tribunal ordinaire doit se dessaisir si la convention d'arbitrage est manifestement inapplicable. Une société A confie des travaux à un groupement d'intérêt économique B; celui-ci contracte à son tour deux contrats de sous-traitance avec C dont un contenant une clause compromissoire. Le sous-traitant introduit une action en justice visant à l'annulation du contrat de sous-traitance conclu avec le groupement d'intérêt économique. La société introduit un déclinatoire de compétence basé sur la clause arbitrale.

La cour d'appel de Nîmes écarte ce déclinatoire dans un arrêt du 19 février 2016, considérant qu'il n'existait aucun lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. De manière assez intéressante, la Cour de cassation casse cet arrêt estimant que l'arrêt n'avait pas suffisamment examiné les relations contractuelles entre parties et n'avait pas montré que la clause arbitrale était manifestement inapplicable.

Sans doute une telle décision n'eût pas été rendue de manière identique dans tous les pays ; en effet, le pourvoi faisait état de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance qui renforce les liens entre contrat principal et contrat de sous-traitance qui sont mus par un même objectif.

Autre exemple intéressant lié au transfert de créance : une société cède une créance à une société de factoring. La créance portait sur un contrat de vente entre cette société et un acheteur, contrat contenant une clause arbitrale. La société de factoring, titulaire de la créance, introduit une action contre l'acheteur, sur une base extracontractuelle (pour défaut

⁵¹ Cass.Chambre civile 1, 3 Février 2010 - n° 09-12.669

⁵² Pourvoi 16-22326

d'information du factor). Le juge du fond considéra que la clause arbitrale n'était pas applicable car l'action avait un fondement quasi-délictuel. La Cour de cassation cassa cet arrêt en considérant que la demande était en lien avec les contrats de vente et que le juge du fond ne rapportait pas la preuve du caractère manifestement inapplicable de la clause arbitrale.⁵³

On renverra aussi à la décision précitée de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 Février 2010 qui considère logiquement que la clause arbitrale lie le liquidateur d'une société.⁵⁴

4.2. Quid si responsabilité pénale ? Corruption.

Nous croyons que dans cette hypothèse, en présence d'une clause arbitrale, la partie contractante préjudiciée par la corruption commise par son cocontractant, pourra déposer plainte au pénal en cas de corruption et se constituer partie civile pour l'euro symbolique mais ne pourra pas recouvrer le dommage qui trouve sa source dans la relation contractuelle. Elle devra se pourvoir devant les juridictions arbitrales.

Une affaire intéressante a été soumise aux juridictions finlandaises. Ainsi la Korkein Oikeus (Cour suprême, Finlande) a considéré que les juridictions arbitrales étaient compétentes même si le manquement remplit les conditions d'une fraude au sens du droit pénal⁵⁵

5. Recommandations et conclusions.

En premier lieu, étrangement, la question du concours de responsabilité et celle de la portée de la clause arbitrale se rejoignent. L'action quasi-délictuelle pourra être intentée et l'arbitre ne sera pas compétent lorsque l'action porte sur des faits ou actions qui sont trop étrangers au contrat. L'on soulignera le critère de l'économie de la convention retenu par l'arrêt de la cour d'appel du 1 juillet 2014 : l'action est-elle ou non intégrée dans celle-ci ? Si oui, la clause arbitrale entraîne le dessaisissement des juridictions étatiques. Le même critère pourrait trouver application dans le concours d'actions contractuelle et quasi-délictuelle ? On peut se référer au critère de l'objet du contrat retenu par l'arrêt du BGH allemand du 20 novembre 1984 : si le litige n'est pas intégré dans l'économie du contrat, le concours serait possible. Le rapprochement prête à réflexion.

En deuxième lieu, la décision de la cour d'appel de Liège introduisant le présent article écarte à notre sens trop facilement l'arbitrage et nous croyons que, dans cette espèce, les cours ordinaires auraient dû décliner leur compétence sur la base des réflexions et décisions reprises dans cette étude, à savoir que le principe de la favor arbitrandum doit être observé et que la responsabilité quasi-délictuelle ressort de la compétence de l'arbitre.

⁵³ Cass. 4 juillet 2018, pourvoi n° 17-13069 ; *Gazette du Palais*, n°38, p.22

⁵⁴ Voy. aussi en matière d'assurances qui implique souvent la responsabilité quasi-délictuelle, en cas de subrogation, les accessoires, et donc la clause arbitrale, sont transférés avec la créance, voy. D. MATRAY & F. VIDTS, *L'arbitrage et l'assurance, rapports avec les tiers*, in *L'arbitrage et le droit des tiers*, CEPANI, Bruylant, 2015, p. 136 et la jurisprudence citée ; en cas de stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire reste étranger au contrat ; mais le promettant peut lui toujours continuer à invoquer la clause arbitrale s'il est assigné par le bénéficiaire puisque, rappelons-le, la créance du bénéficiaire est liée à la vie et aux aléas du contrat de base.

⁵⁵ Korkein oikeus, arrêt du 27 novembre 2008, KKO, 2008:102, disponible à l'adresse Internet suivante: <http://www.finlex.fi/fi/oikeus/kko/kko/2008/20080102>.

Soulignons en troisième lieu, la complexité de la question du concours, les solutions fort variées qu'offre le droit comparé. En outre, la jurisprudence et la doctrine sont assez rares sur la compétence des arbitres en matière extracontractuelle.

En quatrième lieu, nous croyons que, de manière générale, en insérant une clause arbitrale, les parties ont voulu placer leur litige devant les juridictions arbitrales et ont renoncé ainsi à saisir les juridictions ordinaires. Il convient, si l'on veut limiter les risques de déclinatoire de compétence, de prévoir de manière aussi large que possible les litiges entre parties qui seront soumis à l'arbitrage.⁵⁶

Ainsi, si l'on prévoit que l'arbitrage portera uniquement sur les litiges relatifs à l'interprétation des contrats, un litige portant sur la rupture du contrat ne tombera pas, sauf interprétation large de la clause, sous le champ de l'arbitrage.⁵⁷

Ainsi, il peut être utile de prévoir que la clause arbitrale s'appliquera tant aux litiges contractuels que extracontractuels.

En cinquième et dernier lieu, la diversité des systèmes juridiques quant au champ d'application des actions contractuelle et extracontractuelle recommande une attention tout particulière au droit applicable.

⁵⁶ Voy. ⁵⁶ I WELSER & S. MOLITORIS, *The scope of arbitration or « All dispute arising out or in connection with this contract »*, p.30.

⁵⁷ DE BOURNONVILLE (P.), « L'objet du différend », *Rép. Not.*, Tome XIII, *La procédure notariale*, Livre 6, Arbitrage, Bruxelles, Larcier, 2017, n°73 qui cite Liège 17 novembre 1993, *R.Rég. Droit*, 1994, p.89.