

CIRCULACION DE LA CLAUSULA ARBITRAL INTERNACIONAL: CASO FRANCES Y SUIZO¹

Laure Burrus*

Resumen: Cuestionar el alcance de la cláusula arbitral en los tribunales nacionales es la vía más frecuente para apelar un laudo arbitral. El fin del presente artículo es comparar la jurisprudencia francesa y suiza. El mismo infiere que tanto la solución francesa como la suiza dan una importancia central a la “apariencia” otorgada por las partes contratantes a conductas de terceros, pero admiten con mayor o menor facilidad la transmisión o extensión de la cláusula arbitral, sobre bases jurídicas distintas. Las partes que suscriben un convenio arbitral deberán tener en cuenta dichas discrepancias.

Palabras Clave: arbitraje internacional, cláusula arbitral, derecho francés, derecho suizo, extensión de la cláusula arbitral, transmisión de la cláusula arbitral, apariencia, expectativa legítima.

* Graduada del Instituto de Estudios Políticos de París (IEPS), Miembro del Colegio de Abogados de París (CAPA), Asesora Legal en Zúrich.

Traducción de Víctor García

I. INTRODUCCION

El arbitraje encara un éxito creciente, de tal manera que en el comercio internacional el suscribir una cláusula arbitral se considera un acto cotidiano.² Como consecuencia de lo anterior, el litigio post - arbitral va en aumento. El alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral se cuestiona comúnmente con dos finalidades: (i) el de objetar la aplicación *ratione personae* de la cláusula arbitral alegando ser un tercero con el propósito de evadir un laudo, o bien, (ii) extender el sometimiento al arbitraje a una parte económicamente sostenible. No obstante, esta tendencia podría dañar la seguridad jurídica de los laudos

¹ Se reconoce al Dr. Nicolas Kuonen, quien revisó una versión anterior de este artículo.

² F-X Train, La cour de cassation française consacre une règle matérielle relative au pouvoir du salarié d’engager la société à l’arbitrage, *Cah. Arb.*, 01 jan. 2010, n° 1, p. 97.

arbitrales.³ El alcance de la cláusula arbitral, es por tanto, un tema fundamental, principalmente con respecto de a su circulación entre las partes y ante terceros.⁴

La cláusula, misma que expresa el consentimiento de las partes para someter sus controversias a arbitraje, consta de tres elementos: es un acuerdo (elemento contractual) por medio del cual las partes eligen un tribunal arbitral para resolver potenciales controversias (elemento jurisdiccional), las cuales pueden originarse de una relación, comúnmente un contrato principal, que las obliga (elemento accesorio).⁵ De conformidad con el derecho aplicable a la cláusula arbitral, que generalmente es el derecho del lugar en donde se encuentra el tribunal arbitral, la cláusula puede ser transferida o extendida con mayor o menor facilidad.

La cláusula arbitral puede circular en dos circunstancias: (i) cuando se transfieran deberes contractuales, o (ii) cuando se extienda el contrato a terceros. En el primer supuesto (la transmisión de la cláusula), la cláusula se traspasa al cesionario al momento de la transmisión del contrato principal, lo que supone la existencia de un cesionario.

Una vez cedido el contrato, en adelante estarán involucradas dos personas: el firmante principal en el contrato y el cesionario quien ocupará el lugar del cedente para convertirse en una parte no firmante del contrato cedido. En este caso, la cláusula arbitral se transfiere con el contrato que la contiene, de la misma manera que cualesquier otros derechos subjetivos contemplados en el mismo. El problema es entonces determinar si la parte inicial puede demandar a la nueva parte contratante (es decir, al cesionario).

El segundo escenario (extensión de la cláusula) se define como “la aplicación de la cláusula fuera de su alcance regular”.⁶ En este caso, la cláusula arbitral sería exigible por terceros aun cuando fuere cedido el contrato principal. En otras palabras, la cláusula se extiende a entidades que son asimiladas a las partes

³ M. Audit, Conference “Arbitrage et Sociétés” organized by the French arbitration committee Paris 16 november 2012, Cah. Arb. 1st jan. 2013, n°1, p. 262.

⁴ La voluntad de las partes de someter su reclamo a arbitraje se plasma por escrito en la cláusula arbitral. La cláusula arbitral se encuentra definida en el derecho francés en el artículo 1442 del Código de Procedimientos Civiles, emitido mediante decreto n°2011-48 del 13 de enero de 2011 y en el derecho suizo en el artículo 178 de la Ley Federal sobre el Derecho Internacional (PILA),—el cual estipulaba—las condiciones de validez de la cláusula arbitral en el derecho internacional.

⁵ N. Coipel-Cordonnier, Efficacité internationale de la clause compromissoire et transmission de la convention d'arbitrage, *Revue critique de droit international privé*, 2002 p. 758.

⁶ P. Mayer, La "circulation" des conventions d'arbitrage, *JDI* 2005, p. 251.

aun cuando no se hubiere convenido expresamente en el contrato principal.⁷ Comúnmente, dicho caso ocurre cuando un contrato que contiene una cláusula arbitral fuere suscrito entre una sociedad y su contratista, quienes son las partes principales, pero ejecutado por su empresa matriz o alguna filial, que es un tercero ajeno al contrato.

Tanto la *Cour de cassation* francesa como el Tribunal Federal suizo admiten la transmisión o extensión de la cláusula arbitral. Sin embargo, una de las principales diferencias entre las soluciones francesa y suiza es la falta de referencia a la *buena fe* en los casos franceses.

II. BUENA FE Y EXPECTATIVA LEGITIMA EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS FRANCES Y SUIZO

Previo al análisis de las soluciones suiza y francesa, el presente artículo define los conceptos de buena fe y expectativa legítima, los cuales son los elementos principales de la “apariencia” y explica su función en los ordenamientos legales francés y suizo. Su propósito es que el derecho suizo otorgue una importancia fundamental a la buena fe y a la expectativa legítima, lo que explica que los conceptos en cuestión sean las bases fundamentales para admitir la transmisión y extensión de la cláusula arbitral. En Francia, la buena fe y la expectativa legítima desempeñan un papel menos central. Por lo tanto, la voluntad aparente del tercero se toma en consideración para admitir la transmisión y extensión de la cláusula arbitral en algunas circunstancias muy específicas. Se invocan con mayor frecuencia otros fundamentos legales.

A. LA BUENA FE Y LA EXPECTATIVA LEGITIMA: NOCIONES CLAVE EN EL ORDENAMIENTO LEGAL SUIZO

Inspirado en el artículo §242 del BGB alemán, el artículo 2 del Código Civil suizo (“CC”) establece que toda persona deberá actuar de buena fe durante el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones. Esta regla define a la “buena fe objetiva”, lo cual sirve como referencia para los comportamientos apreciables objetivamente, en tanto que la buena fe subjetiva (art. 3 fr. 1 CC) se relaciona con un hecho que debe verificarse.⁸ Gracias a las reglas de la buena fe, todo titular de derechos

⁷ A. Bessis, *L’extension ratione personae des conventions d’arbitrage international : vers un retour au droit des obligations ?*, *Petites affiches*, 02 de agosto de 2012.

⁸ El artículo 3 fracción 1 del CC establece que “En los casos en los que la ley otorgue un efecto legal condicional sobre la buena fe de una persona, existirá la presunción de buena fe” y la fracción 2 indica que “Ninguna persona podrá invocar la presunción de buena fe si no hubiere actuado conforme a la diligencia requerida conforme a las circunstancias”.

puede obtener un beneficio de una protección jurídica superior.⁹ Por lo tanto, los jueces suizos deberán hacer mención a las reglas de buena fe objetiva al momento de interpretar una cláusula arbitral.¹⁰

Las normativas de la expectativa legítima aplican cuando una persona piensa equivocadamente que otra persona ha manifestado su consentimiento, ya que malinterpreta su declaración o comportamiento. La discordancia entre la representación de la realidad y la realidad en sí misma es de donde se origina una creencia. La posibilidad que surge de esta disparidad, legitima una exención de verificación.¹¹ Por consiguiente, se presume que cada parte actúa de manera honesta y dice la verdad, y por lo tanto la otra parte podrá dar crédito a sus palabras (*Treu und Glauben*).

Por lo tanto, “ninguna persona deberá verse decepcionada en su expectativa legítima y todos los demás deberán considerar asimismo qué más se puede esperar adicionalmente de él o ella” (es decir, ninguna persona deberá crear una falsa expectativa de su comportamiento).¹² Específicamente, la expectativa legítima se establece en el momento que una persona se comporta de tal manera que se hiciere creer al signatario de un contrato que aquella busca formar parte del mismo. Por lo tanto, la persona que hubiere declarado su intención hacia las otras se obliga por medio de su declaración: el destinatario podrá transferir de buena fe, dado a un cuerpo de evidencias que así lo confirman.¹³

La buena fe y la expectativa legítima son piedras angulares en el derecho privado suizo. Juegan un papel principal en el derecho de los contratos, y fundamentan las sentencias basadas en la equidad. La cláusula arbitral, misma que se considera como cualquier otra cláusula contractual, deberá ser interpretada mediante estos conceptos. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico francés, la buena fe y la

⁹ B. Fauvarque-Cosson, La confiance légitime et l'estoppel, *Netherland Comparative Law Association, Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, dic. de 2007.

¹⁰ Véase : 4A_562/2009, Case of the 27th of January 2010, 1st Civil Law, cons. 2.1. : « Interpretation of an arbitration clause, is made according to the contract's general interpretation rules. One should first look for the real will of the parties. Where this wil cannot be established, one should proceed to an objective interpretation of the arbitration convention in order to determine the meaning that parties should have given, with good faith, according to the circumstances, to their reciprocal manifestation of will”. Véase asimismo : ATF 130 III 66 consid. 3.2 p. 71 y los casos citados; 4A_128/2008/ cada caso del 19 de agosto de 2008, *X. Ltd c/ Y. S.pa*, in ASA Bull. 4/2008.

¹¹ J-L Souriaux, La croyance légitime, *J.C.P.*, Ed. Gén., 1982, I. 3058.

¹² H. Deschenaux, *Traité de droit civil Suisse. Le titre préliminaire du Code civil*, Fribourg, ed. Universitaire, 1969; Ch. Chappuis, Les règles de la bonne foi entre contrat et délit, in *Mélanges en l'honneur du professeur Schmidlin*, Faculté de droit de Genève, Helbing et Lichtenhahn, 1998, p. 227.

¹³ B. Berger, F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, *Stämpfli*, Bern 2010, p.521.

expectativa legítima son nociones informales, pese a la importancia que tienen en la construcción de teorías específicas en el derecho contractual.

B. LA BUENA FE Y LA EXPECTATIVA LEGÍTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS: CONCEPTOS INFORMALES

En Francia, el principio general de buena fe nunca ha adquirido un alcance jurídico¹⁴ y por lo tanto no puede ser utilizado formalmente por los jueces para adaptar obligaciones injustas. A pesar de lo anterior, la buena fe y la expectativa legítima podrán ocupar un lugar más importante en un futuro en el ordenamiento legal francés, primero bajo la influencia del derecho de la UE¹⁵ sobre el derecho contractual francés, y segundo debido a una reforma esperada sobre el derecho de las obligaciones que reformará el artículo 1134 fracción 3 del Código Civil, la cual determinará que “*los contratos deberán celebrarse y cumplirse de buena fe*”.¹⁶

En el derecho positivo, el concepto de buena fe se sustenta en interpretaciones pretorianas que conforman la teoría de las apariencias, tales como la aceptación tácita, la creencia legítima, la expectativa legítima o la lealtad.¹⁷ La teoría de la apariencia consiste en atribuir consecuencias jurídicas a la creencia de aquellos quienes creyeran de manera legítima en una situación de hechos visibles,¹⁸ como se decidió de manera expresa por la Suprema Corte: “*de conformidad con el artículo 1134 fracción 3 del Código Civil, ninguna persona deberá (...) defraudar la expectativa legítima de la otra parte*”.¹⁹

Para verse protegida, la expectativa legítima debe reunir dos condiciones acumulativas: (i) el elemento material, a saber, una situación fáctica legítima, y (ii) una creencia equivocada.²⁰ El comportamiento de la parte actora principal y su representante legal podrá hacer creer a otros que han consentido al arbitraje,

¹⁴ ¹⁴ F. Ranieri, *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil Law*, in *Revue Internationale de droit comparé*, Vol. 50 n°4, oct.-dec. 1998, pp. 1055-1092.

¹⁵ ¹⁵ H. Aubry, *Un apport du droit communautaire au droit français des contrats: la notion d'attente légitime*, RIDC 3-2005, p. 627.

¹⁶ Proyecto de reforma sobre el Derecho de las obligaciones de la Cancillería del 23 de octubre de 2013 y proyecto de reforma sobre el Derecho de las obligaciones y Derecho de la prescripción « Catala » del 22 de septiembre de 2005.

¹⁷ F. Ranieri, *op. cit.* et J-L Souriaux, *op. cit.* : Houin hace, de cierta forma, el mismo análisis mediante el cual hace una distinción entre la expectativa legítima y un error: « *en las apariencias, lo que importa es la protección a terceros y el aspecto externo de los hechos : aquello que pareciere cierto a ojos de terceros.* »

¹⁸ M. Boudot, *Apparence*, Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2009.

¹⁹ Cass. Com. 11 March 1997 (inédit, pourvoi n° 95-16.853). On the Relationship between good faith and legitimate expectation see : R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats: rôle actuel et perspectives*, thèse, Paris II, 1992, p. 113 et s.

²⁰ F-X Train, *op. cit.*

es decir, las circunstancias justifican que el tercero no tuviere que confrontar su creencia ante a la realidad.²¹

Emmanuel Levy fue el primer autor en sistematizar la idea de protección de la expectativa legítima gracias a la teoría de la apariencia y en colocar dicho principio al centro del ordenamiento jurídico francés. Desafortunadamente, su tesis no ha tenido mucha respuesta.²² La teoría de la apariencia, y *a fortiori* el principio de la expectativa legítima, tiene de hecho un lugar secundario en el ordenamiento jurídico francés.

Además, a pesar de que la *Cour de Cassation* sea reacia a aplicarla en el derecho del comercio internacional, la teoría de la apariencia es un mecanismo correctivo utilizado regularmente en el arbitraje internacional,²³ lo cual genera descontento en una gran parte de la doctrina que considera que la base de la teoría de la apariencia se extiende la cláusula arbitral a terceros como un “*fundamento artificial*” que causa un “*daño deplorable al estado de derecho*”.²⁴

La buena fe y la expectativa legítima tienen un lugar informal e incierto en el ordenamiento jurídico francés. Como consecuencia, los tribunales franceses deberán fundamentar cuidadosamente sobre estos conceptos sus decisiones relacionadas con la cláusula arbitral.

A partir de esta discrepancia, los tribunales suizos, al referirse a la buena fe y a la expectativa legítima, lógicamente deberán admitir la circulación de la cláusula arbitral con mayor facilidad que en las cortes francesas. Sin embargo, como lo muestran los acontecimientos a continuación, las soluciones francesas paradójicamente son más liberales que las soluciones suizas en lo tocante a la transmisión de la cláusula o su extensión dentro de un grupo de sociedades.

III. DIFÍCILMENTE SE ADMITE QUE LA EXPECTATIVA LEGÍTIMA FUNDAMENTE LA EXTENSION DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

La pregunta que debieron conocer la Suprema Corte francesa y suiza es si la expectativa legítima puede ser la base de una acción para extender un convenio de arbitraje en una relación contractual. El juez

²¹ M. Boudot, *op. cit.*

²² F. Melleray, La revanche d’Emmanuel Lévy ? L’introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français, *Droit et société*, 2004/1 n° 56-57, p. 143-149.

²³ M. Boudot, *op. cit.* § 57.

²⁴ V. Heuzé, Arbitrage international : quelle raison à la déraison ?, *Recueil Dalloz* 2011, p. 2880 ; J. Moury, *op. cit.*

suizo primeramente se referirá a actos conclusivos y el francés a la aceptación pasiva, principalmente identificando la interferencia de terceros en el cumplimiento del contrato. El Tribunal Federal suizo fundamenta su razonamiento de manera subsidiaria en la expectativa legítima, mientras que la *Cour de cassation* francesa no admite que la expectativa legítima fundamente la extensión de la cláusula.

A. LOS ACTOS CONCLUSIVOS EN EL DERECHO SUIZO Y LA ACEPTACION PASIVA EN EL DERECHO FRANCES

El Tribunal Federal volvió a adoptar su posición inicial y finalmente admitió que los actos conclusivos pueden fundamentar la extensión de un convenio arbitral hacia terceros. La Suprema Corte considera a los actos conclusivos como una expresión indirecta de la voluntad de una persona jurídica. Una porción minoritaria de la doctrina suiza²⁵ interpretó formalmente los términos del artículo 178 fracción 1 de la LDIP,²⁶ mismos que subordinan la validez del convenio arbitral en su forma escrita, y dedujo que el acuerdo no puede extenderse a un tercero ajeno al contrato.

Sin embargo, el tribunal federal rechazó lo anterior en *pro* de un enfoque más liberal admitiendo que la cláusula se extiende a terceros ajenos quienes, “a través de sus acciones, han expresado claramente su intención de celebrar el contrato principal y la cláusula [arbitral]”.²⁷ Debido al comportamiento del tercero, el receptor puede creer de manera legítima en la existencia de una voluntad de contratar. Entonces, siempre se presume la extensión de la cláusula arbitral cuando un tercero hiciere parecer que es una parte del contrato principal.²⁸

El derecho francés fundamenta la extensión de la cláusula arbitral sobre la aceptación pasiva de un tercero, que es más o menos comparable a la teoría de los actos conclusivos en el Derecho suizo. Los jueces analizan (i) si un tercero ha interferido en la negociación y/o el cumplimiento y/o la terminación del contrato, y (ii) si éste está consciente de la existencia de la cláusula. De esta última condición se

²⁵ J.-F. Poudret, L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse, in *J.D.I.* 1995 p. 893; see also: J.-F. Poudret, S. Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, n. 258 p. 233, n. 260 p. 236 et n. 264 p. 239.

²⁶ Artículo 178 fr. 1 de la LDIP «El convenio arbitral deberá hacerse por escrito, por telegrama, telefax, telecopiadora o cualquier otro medio de comunicación que permita que sea evidenciado en texto» (2) «Adicionalmente, un acuerdo arbitral será válido si se ajusta ya sea al Derecho elegido por las partes o a la ley que rija el objeto del conflicto, particularmente el contrato principal, o al Derecho suizo.»

²⁷ ATF 129 III 727, *X. S.A.L. Y. S.A.L. and A. vs. Z. Sàrl and Tribunal arbitral CCI*. Moreover, it was already judged that, according to the circumstances, a specific behaviour can overpass, because of the good faith rules, the respect of a formal requirement. (ATF 121 III 38 consid. 3 p. 45 confirmed by the case 4P.124/2001, consid. 2c).

²⁸ B. Berger, F.Kellerhals, *op. cit.* : Esta solución es igual para cualquier otra cláusula.

deducen dos circunstancias: (i) el involucramiento del tercero ajeno al contrato, y (ii) las relaciones comunes entre las partes contratantes y el tercero.²⁹

En otras palabras, la conciencia de la existencia de la cláusula por el tercero, deducido de su actuación en un contrato del que inicialmente no fuere parte, justifica que las partes contratantes pudieran creer de manera legítima que el tercero desea involucrarse.³⁰

La aceptación pasiva en el derecho francés y los actos conclusivos en el derecho suizo contribuyen a la creación de la apariencia de formar parte de una cláusula arbitral y, por lo tanto, pueden sustentar la expansión de una cláusula arbitral. Sin embargo, el tribunal puede encontrarse con una dificultad formal: ¿cómo identificar objetivamente dicha aceptación pasiva o actos conclusivos? En ambas causas judiciales, tanto la francesa como la suiza, la interferencia del tercero es el criterio principal para determinar su aceptación pasiva o sus hechos conclusivos.

B. INTERFERENCIA POR EL TERCERO: REQUISITO PARA DETERMINAR LA ACEPTACION PASIVA O LOS ACTOS CONCLUSIVOS

El Tribunal Federal suizo consideró que las interferencias por terceros en la implementación de un contrato son criterios de actos conclusivos. En una decisión criticada³¹ del 19 de agosto de 2008,³² el Tribunal Superior recordó su jurisprudencia anterior³³ según la cual un tercero ajeno al contrato, a pesar de que su nombre no se menciona en el mismo, que interfiera en las negociaciones, celebre, cumpla o dé por terminado con el contrato que contiene el acuerdo arbitral, se considera parte del mismo por medio de sus actos conclusivos.

La teoría de los actos conclusivos se construye desde la apariencia creada por el comportamiento de un tercero, y se compone de circunstancias fácticas objetivas tales como la interferencia de terceros. Sin

²⁹ Véase CA Paris, 30 nov. 1988 et 14 fév. 1989 : Rev. Arb. 199, p. 691, note P-Y Tschanz, CA Paris, 28 novembre 1989 : Rev. Arb. 1990, p. 675, note P. Mayer – CA Paris, 11 janv. 1990 : JDI 1991, p. 141, note B. Audit ; Rev. Arb. 1992, p. 95, note D. Cohen. Judgement confirmed by the Supreme Court on the 5th March 1991.

³⁰ J. Moury, Reflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaines de contrats translatifs, *Recueil Dalloz* 2002, p. 2744.

³¹ El Tribunal Federal no desarrolla las condiciones explícitas que permiten que se entienda que las interferencias implican la voluntad de ser parte del convenio arbitral. Únicamente crea una presunción, cuyos efectos están limitados por una condición, sin indicar el balance entre ambos criterios. . S. Besson, Réflexions sur la jurisprudence suisse récente rendue en matière d'arbitrage international, *ASA Bull.* 3/2003.

³² ATF, 19 August 2008 (4A.128/2008).

³³ ATF 134 III 565 consid. 3.2.

embargo, estos hechos objetivos se atenúan con elementos subjetivos, tales como elementos materiales que determinen “expectativas justas y razonables” de las partes en el contrato.³⁴

En una criticada sentencia del 22 de marzo de 1995,³⁵ el Tribunal de Apelación de París resolvió mediante un razonamiento *a contrario*, que el consentimiento pasivo sustenta la extensión de la cláusula arbitral, y rechazó el fundamento de la teoría de los derechos accesorios (*infra*), que sirve de base exclusivamente para la transmisión de la cláusula. El Tribunal de Apelación permanece cauteloso y establece que:

[u]na sociedad (cliente) que meramente hubiere adquirido bienes (de un fabricante) sin intervenir en la celebración del contrato que contiene la cláusula arbitral (acordada entre el fabricante y el distribuidor), del cual no tenía conocimiento y en el que nunca hubiere intervenido, no se verá vinculada por la cláusula arbitral.

Adicionalmente, la teoría de la aceptación pasiva es el fundamento de la extensión de la cláusula en varios casos heterogéneos; dicho razonamiento también aplica a la presencia de la cláusula legal de arbitraje: por ejemplo, en el caso que la cláusula legal de arbitraje se extienda a personas que no fueren accionistas en una sociedad, quienes hubieren utilizado las prerrogativas de los accionistas y que hubieren actuado como accionistas.³⁶

Con relación a la expansión de la cláusula arbitral, tanto la solución suiza como la francesa otorgan especial importancia a la interferencia de un tercero para deducir su consentimiento en convertirse en una parte de la cláusula. La interferencia por los terceros es el fundamento principal de la extensión de la cláusula arbitral. Pero en el caso de que no se pueda deducir una conclusión clara a partir del comportamiento del tercero, el juez puede recurrir a los contratantes para analizar si creen de manera legítima que el tercero tuviere intenciones de ser parte de dicha cláusula.

C. BUENA FE Y EXPECTATIVA LEGÍTIMA: UN ROL SECUNDARIO

³⁴ M. Mráz, Extension of an arbitration agreement to non-signatories : some reflections on swiss judicial practice. In the opposite : A. Bessis, *op. cit.*

³⁵ CA Paris, 22 March 1995, Sté Aquaboulevard and other vs. Sté Statinor and other, RTD com. 1996, p. 247, obs. Dubarry J-C. et Loquin E.

³⁶ CA Paris, 1ère ch. C., 22 May 2008, Josph Abela Family Foundation c/ Albert Abela Family Foundation et autres, Rev. arb. 2008, 730, note F-X Train; Cass. Civ. 1ère, 6 octobre 2010, Josph Abela Family Foundation C/ Albert Abela Family Foundation et autres, Bull. Civ. I, n°185, pourvoi n°08-20563, Rev. arb. 2010, 813, note F-X Train; Cahiers de l'arbitrage 2011-2, p. 443 note J-B. Racine; Rev. crit. DIP 2011, 85, note F.Jault-Seseke; D. 2010, 2943, obs. Th. Clay.

En el caso de que el contrato principal se extendiere a un tercero, los criterios de buena fe serán el fundamento secundario. El Tribunal Federal, en un juicio importante, sostuvo un enfoque en dos etapas:³⁷ el juez primeramente deberá asegurarse de la intención de las partes analizando los hechos (actos conclusivos). En este caso en específico, tales actos conclusivos consistían en comunicaciones escritas enviadas por el capitán [master] al contratista durante la ejecución del contrato.

Segundo, en el caso de que dichos hechos no fueren suficientes para identificar un consentimiento claro para adherirse a la cláusula, el juez los examinará a la luz de la buena fe de la parte contratante. De hecho, las partes del contrato podrían creer de manera legítima debido a la participación sustancial del tercero en el cumplimiento del contrato, al cual era su intención adherirse. El involucramiento sustancial significa el cumplimiento de varios actos, como por ejemplo, en este caso específico: la remuneración de la otra parte, confirmación de financiación del contrato, confirmación de los derechos y obligaciones asociados con el contrato firmado por alguna otra sociedad.

Previo al caso *Soerni*,³⁸ la Suprema Corte francesa nunca había mencionado a la buena fe o a la expectativa legítima como un fundamento de la extensión de la cláusula internacional. Sin embargo, por primera vez, en esta ocasión dictó una nueva resolución sustancial que implicaba a la buena fe:

[e]l consentimiento al arbitraje por una sociedad no es determinante conforme a alguna ley nacional, pero la implementación de una norma sustantiva deducida del principio de la validez del acuerdo de arbitraje basándose en la voluntad común de las partes, el requisito de buena fe y la expectativa legítima del representante del suscriptor para celebrar un acto de administración de jornada que vincule a la sociedad.

La pregunta en este caso es si la voluntad de un tercero para unirse a una cláusula arbitral podría valorarse a la luz de la “expectativa legítima” de una parte contratante. La solución del Tribunal Superior es radicalmente contraria a la brindada por el Tribunal Federal suizo en el caso *Cartier*.

De conformidad con la interpretación del árbitro, la sociedad Soerni estaba consciente de que uno de sus empleados estaba firmando un contrato que contenía una cláusula arbitral. La *Cour de cassation*, por

³⁷ ATF, 18 December 2001 (4P. 126/2001).

³⁸ Cass., 1ère civ. 8 July 2009, n° 08-16025, Sté de droit français Société d'études et représentations navales industrielles (Soerni) vs. Sté de droit Suisse Air Sea Broker Ltd (ASB), somm. Rev. arb. 2008.829; Cah. Arb. N°2008/3, p. 33; Rev. arb. 2009.529, note D. Cohen; D. 2009.2959, obs. Th. Clay; ibid, p. 2384, obs. L. d'Avout; JCP G 2009, I, 462, obs. J. Ortscheidt.

medio de un principio de conflicto de derecho, pudo haberse referido al mandato aparente³⁹ o a la ratificación tácita para llegar a la misma conclusión. Pero el peso de la expectativa legítima en esta resolución no debió excederse.

En efecto, el alcance de este nuevo ordenamiento material basado en la buena fe y en la expectativa legítima no aplica a la extensión de la cláusula arbitral. En su lugar, la Suprema Corte francesa parece referirse a la creencia legítima en la representación, y no al consentimiento al arbitraje. Por lo tanto, este caso no desafía las soluciones establecidas para admitir una extensión a la cláusula arbitral.

En caso que la prueba sobre la interferencia de un tercero no dirija hacia una conclusión aceptable, los jueces suizos se podrán referir a la buena fe y a la expectativa legítima de las partes firmantes. Puede, de esta forma, “forzar” la extensión de la cláusula arbitral. Al contrario, el juez francés no hace referencia a dicho razonamiento.

Tanto los jueces suizos como los franceses pueden fundamentar su decisión de extender la cláusula arbitral en la interferencia de un tercero. Sin embargo, referirse a la buena fe y a la expectativa legítima de las partes contratantes servirá como una herramienta adicional a disposición de los jueces suizos. Sobre el particular, la solución suiza parece más liberal y concede un mayor margen de maniobra para la interpretación del juez. Sin embargo, esta liberalidad se enfrenta a algunas excepciones: ciertamente, los jueces suizos rara vez admiten la transmisión y extensión de la cláusula arbitral dentro de un grupo de sociedades, mientras que los tribunales franceses son más liberales.

IV. TRANSMISION Y EXTENSION DE LA CLAUSULA DENTRO DE UN GRUPO DE SOCIEDADES CON LA FINALIDAD DE PROTEGER LA EXPECTATIVA LEGITIMA

El Tribunal Federal suizo admite de manera restrictiva la circulación de la cláusula arbitral dentro de un grupo de sociedades, en casos muy específicos tales como una situación de abuso o para proteger la expectativa de una parte en el contrato (A) Paradójicamente, la *Cour de cassation* francesa es más liberal; pues aplica la extensión de la cláusula arbitral dentro de un grupo de sociedades con los mismos criterios que para la extensión dentro de un grupo de contratos (aceptación pacífica, interferencia) (B).

A. ENFOQUE RESTRICTIVO DEL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO

³⁹ En un caso mayor del 13 de diciembre de 1962, la *Cour de cassation* refirió que la expectativa legítima define al mandato aparente.

La pregunta que surge en este caso es si la cláusula arbitral puede extenderse por una parte contratante a la sociedad matriz o filial de la primera, en el caso que esta misma no hubiere expresado formalmente que actuaba en representación de la sociedad matriz o filial. Contrariamente al derecho francés, el derecho suizo se inspiró en el principio alemán de la independencia de las personas jurídicas: un grupo de compañías no tiene existencia independiente; cada sociedad tiene su personalidad propia y, por ende, es independiente y autónoma de las otras.

Por lo tanto, como lo estableció el Tribunal Federal en una resolución *Cartier* del 10 de octubre de 1979,⁴⁰ posteriormente confirmada,⁴¹ un representante no puede asumir todas las obligaciones de control en ausencia de un poder debidamente otorgado por cada uno de ellos, sin perjuicio del hecho de que todas pertenezcan al mismo grupo. De conformidad con el enfoque formal de Poudret, recurrir a una subsidiaria crearía la presunción de que la sociedad matriz o las filiales no están relacionadas con la cláusula arbitral.⁴² Esta presunción surge de una falta de referencia a la existencia del grupo por parte del cual actúa la subsidiaria. Por consiguiente, el convenio arbitral no podrá extenderse a todas las compañías del mismo grupo.

Desde entonces, la jurisprudencia de la Suprema Corte suiza ha considerado que la cláusula podrá extenderse dentro de un grupo de compañías con base en la teoría del mandato. En estas circunstancias, el tercero no está realmente representado (o desconoce sobre dicha representación) por la compañía que firmó el contrato, pero la otra parte contratante podría creer de manera legítima en dicha representación.⁴³

Entonces, la cláusula firmada por la compañía filial se extiende a la sociedad matriz en ciertas circunstancias específicas, especialmente cuando se hubiere creado una apariencia jurídica que justifique

⁴⁰ En una resolución del 10 de octubre de 1979, el tribunal federal suizo rechazó el razonamiento del tribunal de origen que juzgó que «*debido a la imbricación de las sociedades bajo el poder de un solo hombre, uno puede entender que el Sr. Hocg ha adquirido todas las compañías-en su grupo*». El tribunal federal decidió que «*debido a la ausencia de un representante en una situación confusa relacionada con las partes en el arbitraje, el tribunal cantonal deberá cancelar el laudo arbitral y no podrá extender el arbitraje a todas las sociedades del grupo Cartier*».

⁴¹ En una resolución del 19 de julio de 1988, el tribunal federal confirmó esta posición de manera clara y rechazó la teoría del grupo societario como fundamento de la extensión de la cláusula arbitral.

⁴² J-F Poudret, *Extension de la clause d'arbitrage, approche française et suisse*, 122 J.Droit Int. (Clunet) 893 (1995) at 909. Swiss federal court, 19 July 1988, Saudi Arabia.

⁴³ T. Zuberbühler, *Non-Signatories and the Consensus to arbitrate*, *Bull. ASA*, 1/2008 (mars), p. 20.

la protección de las expectativas legítimas de la otra parte contratante.⁴⁴ El tribunal revisó inicialmente si el tercero se convirtió en parte de la cláusula mediante una representación formal. Valoró consecuentemente si el tercero se unió a la cláusula arbitral a través de una representación aparente de la compañía actora en calidad de tercero por la sociedad contratante, y por último si las partes contratantes creyeren de buena fe en la existencia de dicha representación.

Las circunstancias que probablemente induzcan a las partes contratantes a creer que están tratando con el grupo entero son propias de una situación abusiva, como lo es el caso del “levantamiento del velo corporativo”.⁴⁵ Dos posibles casos podrán revelar dicha situación abusiva. En la primer situación, el “levantamiento del velo corporativo” no reconoce autonomía a la parte signataria del contrato, y por lo tanto se ve “reemplazada” (sic) por el tercero no contratante (*echter Durchgriff*).⁴⁶

Sucede, por ejemplo, en el caso de que una subsidiaria esté descapitalizada o en el caso de que los bienes de una sociedad matriz y sus filiales estén entremezcladas.⁴⁷ En el segundo caso, la compañía principal, a través de un tercero ajeno al contrato, ha creado por conducto propio una expectativa legítima y se considera a ella misma como obligada en términos del contrato. Por lo tanto, se convierte en parte de la cláusula adicionalmente a su subsidiaria.⁴⁸

El Tribunal Federal manifestó en una resolución del 29 de enero de 1996 que la teoría de la *Durchgriff* deberá permitirse únicamente en la medida que existan circunstancias específicas. Estas circunstancias deberán haberse iniciado por el tercero y deberán causar una posible confusión a la

⁴⁴ ATF, 29 January 1996, *Saudi Butec Ltd and other vs. Saudi Arabian Saipem Ltd and other*, Bull. ASA, 1996, p. 496, RSDIE 1996, p. 581, nota por F. Knoefler: el juez del tribunal federal [estableció] que la cláusula arbitral no deberá extenderse a la sociedad matriz sobre la base de que “la subsidiaria interfería como representante en varios asuntos”. Pero la corte federal únicamente nos ha recordado que el levantamiento del velo corporativo no permite de manera automática que la matriz sea parte de un procedimiento arbitral. De la misma manera, ATF del 1 de septiembre de 1993, *China National*, ASA Bull. 4/1996, 623-629; Poudret/ Besson, N 259, Habegger, Groups of Companies, N. 49.

⁴⁵ B. Berger et F. Kellerhals, *op. cit.* sobre el caso de Arabia Saudita. Véase también: ATF 129 III 727 (4P. 115/2003), *X S.A.L., Y. S.A.L et A, c. Z SARL*, ASA Bull. 2/2004, 364-389, notes Poudret et Habegger; Knoepfeler et Schweizer, *Jurisprudence Suisse en matière d’arbitrage international*, *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, 2005.

⁴⁶ M. Mráz, *op. cit.*, refiriéndose a B. Berger, F. Kellerhals, 530; W. Wenger, M. Schott, 29; J-F. Poudret, S. Besson, 253.

⁴⁷ ATF, 120 II 155.

⁴⁸ T. Zuberbühler, *op. cit.* p. 26.

contraparte.⁴⁹ De conformidad con los hechos de este caso, la interferencia por el tercero sería una de esas “circunstancias especiales” que pudieren revelar una situación abusiva.

En principio, los tribunales suizos no permiten la extensión de una cláusula arbitral dentro de un grupo de sociedades. Sin embargo, las situaciones de abuso podrán justificar el “levantamiento del velo corporativo”, es decir, admitir la circulación de la cláusula dentro de un grupo de sociedades. Dichas situaciones de abuso podrán revelarse en el caso que el tercero (la sociedad matriz o filial) hubiere interferido en formas muy específicas del cumplimiento del contrato. El juez deberá utilizar este fundamento con cautela. La solución francesa es radicalmente diferente, principalmente porque el ordenamiento jurídico francés reconoce que el grupo de sociedades tiene una independencia formal.

B. ENFOQUE LIBERAL DE LA *COUR DE CASSATION* FRANCESA

El concepto se define según el derecho francés como “un grupo de sociedades que tengan existencia jurídica e independencia formal, mientras que conformen en su conjunto una unidad económica subordinada a una autoridad única”.⁵⁰ Esta definición intenta explicar una realidad proteica, independiente de la existencia de vínculos de capital entre las mismas.

Las reglas sustantivas específicas a la extensión de la cláusula arbitral dentro de un grupo de contratos aplican asimismo dentro de un grupo de compañías.⁵¹ Ciertamente, los co-contratantes de la subsidiaria podrán creer de manera legítima que la matriz también es parte del contrato, habiendo creado a la segunda la ilusión de que forma parte de las obligaciones contraídas por su subsidiaria “como si” ella misma estuviere firmando el contrato.⁵²

La jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones de París ha fijado que en los casos en los que una sociedad subsidiaria o matriz estuvieren involucradas en el cumplimiento de un contrato que no hubieren firmado, implícitamente han consentido al arbitraje, tal y como se explica en el caso *Korsnas*⁵³ en el mismo sentido que el famoso caso *Saint Gobain Isover c / Dow Chemical* del Tribunal de Apelaciones

⁴⁹ ASA Bull. 3/1996, p. 496.

⁵⁰ CA Paris, 11 Jan. 1990, Orri.

⁵¹ M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly ed. 1990.

⁵² M. Boudot, *op. cit.* et Cass. Civ. 3ème, 13 Dec. 2006, n° 05-18.707.

⁵³ CA Paris, 30 nov 1988 : rev. Arb. 1989, p. 691, note P-Y Tanzsch, Hascher ; arbitrage du commerce international.

de París;⁵⁴ la existencia de un grupo de compañías no es suficiente para crear una presunción de extensión de la cláusula arbitral pero funge como pista para asumir conciencia de la existencia de la cláusula por terceros y su adhesión al contrato original y a su cláusula.⁵⁵ El consentimiento de comprometerse, como es usual, se deduce del involucramiento de la sociedad matriz o subsidiaria que no hubiere firmado el contrato. La solución no se negó posteriormente.⁵⁶

Los jueces franceses admiten con facilidad la extensión de la cláusula arbitral dentro de un grupo de sociedades, principalmente porque el ordenamiento jurídico francés reconoce la existencia de las mismas y niega el velo corporativo entre las sociedades de un mismo grupo. Sin embargo, la existencia de un grupo de sociedades no es suficiente para fundamentar la extensión de la cláusula. El tercero asimismo deberá interferir en la conclusión y la ejecución del contrato.

El ejemplo de la extensión de la cláusula arbitral dentro de un grupo de compañías revela que la buena fe y la expectativa legítima, a pesar de su papel central en el ordenamiento jurídico suizo, no puede fundamentar la expansión de una cláusula arbitral en cualquier circunstancia. Paradójicamente, la solución francesa indirectamente fundamenta la extensión de la cláusula dentro de un grupo de compañías sobre la expectativa legítima de la parte contratante, sin nombrarlo de manera expresa, refiriéndose a la interferencia de un tercero.

Otro ejemplo de la severidad paradójica –aunque relativa– de la solución suiza: la transmisión de la cláusula arbitral está condicionada en la validez de la transmisión principal del contrato, mientras que el tribunal francés permite la transmisión de la cláusula en toda circunstancia.

V. TRANSMISION DEL CONTRATO PRINCIPAL: LA PRUDENCIA SUIZA V. EL LIBERALISMO FRANCES

⁵⁴ CA Paris, 21 oct. 1983, Isover Saint Gobain c. Dow Chemical, rev. arb. 1994, 98, note A. Chappelle, rendu sur recours contre la sentence arbitrale CCI n°4131, Isover St Gobain v. Dow Chemical, JDI 1983, 899, obs. Y. Derains, Rev. arb. 1984, 115 et s.

⁵⁴ en ce sens: Ch. Jarrosson, «Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés», in *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités (actes de la journée d'études du 19 novembre 1993 organisée par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées en droit privée de l'Université Lille II et l'EDHEC*, Paris, L.G.D.J. 1994, p. 59-60 ; I. Fadlallah, *Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés*, travaux comité français de DIP 1984)-1985; CA Paris, 14 février 1989 et 30 nov 1989, rev. arb. 1990, 690, note Metzger ; Michael Bode, *le groupe international de sociétés - le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, ed. Peter Lang, janv. 2010 " pp. 188-190.

⁵⁵ E.Loquin, *op.cit.* p. 16.

⁵⁶ Ver Kis France c/Société générale et autres : CA Paris, 31 oct. 1989, Kis France c. Sté Générale, Rev. arb. 1992, 90, notes L. Aynes p. 70 et s. et D. Cohen, p. 74 et s.

En tanto que la Suprema Corte francesa ha permitido gradualmente la transmisión del convenio de arbitraje en el caso que el contrato principal hubiere sido transferido a un tercero, la jurisprudencia suiza admitió dicha transferencia con mucha facilidad y muy tempranamente⁵⁷ y fundó su razonamiento en la teoría de los derechos accesorios.⁵⁸

En lo que respecta al Derecho francés, la Suprema Corte primeramente tuvo que superar el principio de la privacidad de los contratos.⁵⁹ Entonces, ha admitido que la cláusula arbitral⁶⁰ se cede necesariamente a menos que exista “desconocimiento razonable de la existencia de la cláusula” por parte del cesionario.⁶¹ En el caso en el que, debido a la costumbre, el cesionario del contrato principal necesariamente esté consciente de la existencia de la cláusula, su silencio creará la apariencia de que conviene comprometerse. Dicha situación constituye una excepción a la carga de la prueba: si un tercero buscare

⁵⁷ En ese sentido: ATF, 25 Jan. 1977, Müller c. Bossard, ATF 103 II 75; ATF 117 II 94 del 9 de abril de 1991, Clearstar, rev. arb. 1991, p. 717, note P-Y. Tschanz, ASA Bull. 1991, p. 160; ATF of the 13th October 1992, Transkei c. F.J. Berger and Steyr-Daimler-Puch AG, ASA Bull. 1993, p. 68. And more recently: ATF 134 III 565, 11 April 2007, 4P.32/2007: « la cession de deuda genera la cession de los derechos accesorios, de conformidad con el artículo 178, fr. 1 CO. Como en cualquier cláusula contractual, la cláusula contractual es un un convenio accesorio, salvo cláusula en contrario». ; o: «en algunos casos, como transmisión de deuda, una transmisión».

⁵⁸ Caso del 7 de agosto de 2001 *op. cit.*: «en caso de transmisión de una relación contractual, la cláusula arbitral «como cláusula accesoria de naturaleza procedimental», también será cedida».

⁵⁹ Cass. Civ. 1ère, n° 88-12.132, 88-12.247, 88-12.270, 88-12.633, 88-14.477, 6 Nov. 1990, Case Frazer, Bull 1984, I, n° 310, p. 263; Rev. arb. 1991.73 ; Cf. Ph. Delebecque, La transmission de la clause compromissoire, Rev. arb. 1991.19: *En caso de la venta sucesiva de un contrato, la cláusula arbitral no podrá oponerse al comprador final, porque la cláusula no será cedida contractualmente.*

⁶⁰ ⁶⁰ Cass. 1ère civ., 8 Feb. 2000, n° 95-14.330, Sté Taurus Films c/Les films du jeudi, Rev. arb. 2000. 280, note P-Y. Gautier, Defrénois 2000. 721, obs. P. Delebecque, Rev. crit. DIP 2000. 763, note N. Coipel-Cordonnier, JCP 2001. II. 10570, note D. Ammar, RTD com. 2000. 596, obs. É. Loquin et Cass. 1ère civ. 5 Jan. 1999, n° 96-20.202, Banque Worms c/Bellot, Rev. arb. 2000. 85, 1re esp., note D. Cohen, JDI 1999. 787, note S. Poillot-Peruzzetto, 1re esp., Rev. crit. DIP 1999. 536, note E. Pataut, 2e arrêt, Defrénois 1999. 752, obs. P. Delebecque : *La deuda cedida al cesionario de la manera en la que existe entre las partes iniciales y la cláusula internacional de arbitraje será válida por el simple consentimiento de las partes.*

⁶¹ ⁶¹ Cass. 1ère civ., 6 Feb. 2001, n° 98-20.776, Peavey Co c/Organisme général pour les fourrages et autres, Bull. civ. 2001 I, n° 22 ; JCP G 2001, II, 10567, note C. Legros ; D. 2001, somm. p. 1135, obs. Ph. Delebecque ; Rev. crit. DIP 2001, p. 522, note F. Jault-Seseke ; RTD com. 2001, p. 413, obs. E. Loquin ; préc. p. 754, obs. B. Boulloc ; Rev. arb. 2001, p. 765, note D. Cohen ; Dr. et patrimoine 2001, n° 95, obs. P. Mousseron ; Defrénois 2001, p. 708, note R. Libchaber ; JCP E 2001, n° 29, note D. Mainguy et J.-B. Seube ; Contrats, conc., consom. 2001, comm. 82, note L. Leveneur, RTD com. 2001. 413, obs. É. Loquin ; C. SERAGLINI, Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrat après l'arrêt Peavy, Gaz. Pal. juill. 2002, Cah. arbitrage p. 87. V. en outre, Ch. Seraglini, Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavey, Gaz. Pal. 15 nov. 2001, p. 6 ; J. Moury, Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs, D. 2002, doct. p. 2744 ; E. Loquin, Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises, Gaz. Pal. 6 juin 2002, p. 7 ; 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.

prevenir el efecto de las apariencias, deberá demostrar que no conocía la existencia de la cláusula. La evidencia difícilmente es reversible.⁶²

En un acto final, la Suprema Corte permitió la transmisión automática del convenio de arbitraje en cadenas de contratos homogéneas y heterogéneas. Fundamentó su resolución explícitamente en la teoría de los derechos accesorios.⁶³ Indica que el derecho de arbitraje “es un derecho de acción de segundo grado, transmitido con los derechos sustantivos relacionados con el contrato”.⁶⁴ A partir de ese momento, la *Cour de cassation*, de la misma manera en que lo hace el Tribunal Federal suizo, no hace referencia a la consciencia por un tercero de la existencia de la cláusula arbitral para admitir su transmisión.

Aún permanecen algunas diferencias entre las reglas suizas y el derecho francés: mientras que, según la *Cour de Cassation*, el convenio de arbitraje se envía junto con el contrato independientemente de la transmisión de los derechos sustantivos,⁶⁵ el Tribunal Federal sostiene que la validez de la transmisión del contrato es un elemento fundamental de la transmisión de la cláusula arbitral. Entonces, en varias resoluciones de la jurisdicción helvética⁶⁶ y de conformidad con el entendimiento de la doctrina suiza,⁶⁷

⁶² M. Boudot, *op. cit.* and Cass. Civ. 3^{ème}, 18 July 1995, n° 93-17.278.

⁶³ J. Moury, *op. cit.* : «la cession automática de la cláusula arbitral, a pesar de todos los fundamentos legales, sería una aplicación de la teoría de los derechos accesorios de Aubry y Rau conforme a la cual el cesionario en una relación jurídica deberá beneficiarse de todos los derechos y de la acción requerida por su predecesor».

⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 27 March 2007, n° 04-20.842, Alcatel ABS c. Amkor, JurisData n° 2007-038210 ; Bull. civ. 2007 I, n° 129 ; LPA 2007, chron. p. 12 ; JDI 2007, p. 968, note C. Legros ; JCP 2007, II, 10118, note C. Golhen ; D. 2007, jurispr. p. 2077, note S. Bollee ; Contrats, conc. consom. 2007, comm.166, obs. L. Leveneur ; JCP G 2007, I, 168, § 11, obs. C. Seraglini et 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; Gaz. Pal., Cah. arb., 21-22 nov. 2007, note F.-X. Train ; D. 2008, pan., p. 184, obs. T. Clay : «la cláusula arbitral se transmite automáticamente como un accesorio al derecho de acción, siendo accesorio del derecho sustancial cedido, independientemente de la naturaleza homogénea o heterogénea de la cadena». La solución del caso de Alcatel se ha repetido igual y exactamente en casos más recientes: Cass. 1^{ère} civ., 17 Nov. 2010, n° 09-12.442, Sté Refcom SpA, Bull ; D. 2010.2829, obs. X. Delpech. See also : Cass. 1^{re} civ., 6 Feb. 2001, Defrénois 2001, art. 37365, P. Mayer, *op. cit.* ; S. Bollee, La clause compromissoire et le droit commun des conventions, Rev. arb. 2005, p. 917.

⁶⁵ Cass. 1^{ere} civ. 28 may 2002, n°00-12.144, Cimat c. Société des Ciments d'Abidjan, d. 2003, p. 2471, obs. T. Clay ; RTS.com 2002, p.667, obs E. Loquin : “En el Derecho Internacional, la cláusula arbitral, jurídicamente independiente del contrato principal, se transmite con el mismo, independientemente de la validez de la transmisión de los derechos sustantivos”. En este caso, el contrato era *intuitu personae* y la transmisión no fue válida.

⁶⁶ ATF du 09 mai 2001, *Nextrom Hoding SA c. Watkins International SA*, ASA Bull. 1/2002, p. 80 ; ATF du 7 aout 2001, ASA Bull. 1/2002, p. 88.

⁶⁷ M. Scherer, Tres resoluciones recientes del Tribunal Federal Suizo respecto de cesiones y transmisiones de convenios de arbitraje, ASA Bull. I (mars 2002), pp. 109 – 119.

la transmisión de la cláusula arbitral al cesionario se deniega cuando el contrato disponga una restricción a la posibilidad de que sea cedida.⁶⁸

Adicionalmente, el caso suizo también difiere de la solución francesa admitiendo la protección de la expectativa legítima del cesionario para facilitar la transmisión automática de la cláusula. Ciertamente, los obstáculos que invalidan la transmisión del contrato pueden ser evitados en el caso que el co-contratante se comportare como si hubiere convenido a dicha transmisión del contrato.⁶⁹ Dicho razonamiento no parece necesario en el derecho francés, ya que la transmisión automática de la cláusula arbitral no conoce límites “independientemente de que su existencia sea o no conocida, la cláusula arbitral circula de manera automática y no parece que nada la detenga”.⁷⁰

No obstante, los tribunales suizos agregan una condición adicional para permitir la transmisión de la cláusula arbitral, es decir, la validez de la transmisión del contrato principal, nuevamente, el juez puede forzar la transmisión bajo el fundamento de la protección de la expectativa legítima de la parte contratante. Su aparente severidad, a comparación de la solución francesa, deberá ponerse a perspectiva.

VI. CONCLUSION

El desarrollo anterior demuestra que las soluciones suiza y francesa tienen un enfoque liberal sobre el arbitraje internacional. Tales soluciones facilitan la circulación de la cláusula arbitral. Se fundamentan en la teoría de la apariencia con la finalidad de identificar la intención común de las partes utilizando criterios como la interferencia de terceros en la negociación, conclusión y ejecución del contrato principal en el derecho francés o el cumplimiento de actos contundentes en el derecho suizo. Respecto de la circulación del convenio arbitral dentro de un grupo de contratos, las soluciones suiza y francesa prácticamente llegan a la misma conclusión.

En Suiza, los jueces primeramente revisan si es posible determinar el consentimiento de las partes mediante sus actos conclusivos. En segundo lugar, se refieren al concepto de expectativa legítima para

⁶⁸ ATF, 16 Oct. 2001, ASA Bull. 1/2002, p. 97, se référant à ATF 117 II 94: la cláusula disponía específicamente que X no vendería el contrato, el cual es estrictamente personal, o de la misma forma: ATF 28 Feb. 1997, *Thomson C.S.F. c. Frontier AG et Brunner Sociedade*: una cláusula establecía que el contrato no podría ser vendido sin el consentimiento de la parte co-contratante.

⁶⁹ M. Scherer, op. cit.

⁷⁰ T. Clay, *La circulation de la clause compromissoire, Arbitrage et mode alternatifs de règlements des litiges*, R.D. 2010, p. 2933.

proteger la buena fe de los contratantes. En Francia, de conformidad con el análisis llevado a cabo por la doctrina, la teoría de las apariencias ha permitido a los jueces abandonar la referencia al consentimiento de las partes, ya que la creencia de únicamente una de las partes bastará para extender el convenio de arbitraje.⁷¹

En el caso de que un tercero se haya abstenido de cualquier interferencia, la teoría de la apariencia no puede fundar más la extensión a la cláusula arbitral: la jurisprudencia francesa deberá referirse a otros fundamentos como estipulaciones en favor de terceros, mandato aparente (por ejemplo, cuando la cláusula se extienda a una sociedad, ese es el objeto del contrato principal).⁷²

Ante la presencia de un grupo de sociedades, el derecho suizo paradójicamente es más conservativo que la jurisprudencia francesa, y no permite la circulación de la cláusula de arbitraje dentro de un grupo de sociedades, salvo en situaciones de abuso que conlleven al levantamiento del velo corporativo. La solución francesa, más liberal a pesar del papel menos importante de la buena fe y de la expectativa legítima en el ordenamiento jurídico nacional, adquirió, mientras tanto, los criterios de la interferencia de la sociedad para justificar la extensión del convenio arbitral.

Estas diferencias establecen que, a pesar de las similitudes que podrían existir, no existen reglas transnacionales debido a que cada ordenamiento jurídico conserva sus sutilezas jurídicas propias, las cuales se harán notar en la práctica.

	Solución francesa	Solución suiza
Transferencia del contrato	Teoría de los derechos accesorios: transferencia automática de la cláusula arbitral.	Teoría de los derechos accesorios: traspaso automático de la cláusula arbitral únicamente en caso de que la transmisión del contrato principal sea válida La validez de la transferencia protege la expectativa legítima en algunas circunstancias.

⁷¹ A. Pinna, La reconnaissance de l'extension de la clause compromissoire à l'entité objet du contrat, Les Cahiers de l'Arbitrage, 2013-1.

⁷² Cass. 1ère civ., 10th of Octobre 2012, *Monsieur Vincent Bartin c/ Société JAB et Véolia Propreté*, not published, n° 10-20797, Dalloz 2012, 2995, obs. Th. Clay, Bull. Joly société 2013.18, note A. Couret; Gaz. Pal. 6 janv. 2013, p. 18. D. Bensaude. See also: Cass. 1ère civ. 9 juillet 2014, n° 13-17495.

Facultad para aceptar una cláusula arbitral	Consenso común, protección de la Buena fe y de la expectativa legítima.	Se requiere representante – Protección a la expectativa legítima en circunstancias específicas.
Extensión del Contrato	Teoría de las apariencias: la aceptación pasiva a través de la interferencia del tercero en la negociación, cumplimiento y conclusión del contrato principal.	1. Consenso común de las partes (los actos contundentes como la interferencia por el tercero). 2. Protección de la expectativa legítima del firmante.
Extensión dentro de un grupo societario	1. Interferencia por un tercero 2. La existencia de un grupo de sociedades es una presunción simple pero insuficiente del consentimiento por el tercero a la cláusula arbitral.	No habrá extensión a la cláusula arbitral dentro de un gran grupo de sociedades, salvo cuando se levante el velo corporativo. La interferencia por el tercero es un indicador de cualquier situación abusiva, pero no basta en sí misma.