

L'arbitrage et les tiers: III. - Le droit de l'arbitrage

par Jean-Louis Delvolvé

Author

Jean-Louis Delvolvé

Les solutions contractuelles: La clause d'arbitrage multipartite

Source

Jean-Louis Delvolvé,
**L'arbitrage et les tiers:
III. - Le droit de
l'arbitrage**, Revue de
l'Arbitrage, (Comité
Français de l'Arbitrage
1988 Volume 1988 Issue
3) pp. 501 - 556

1. L'idée d'arbitrage multipartite et l'expression, aujourd'hui commune, qui la consacre, suggèrent une pluralité des parties à un arbitrage unique. Puisque les parties sont plusieurs, il faut, mais semble-t-il il suffit, de mettre dans le processus habituel de constitution du tribunal arbitral, d'instruction du litige devant les arbitres et d'établissement de la sentence, les ingrédients que nécessite cette pluralité, comparée à la dualité des parties dans le rapport arbitral ordinaire.

Par exemple, il faut mais il suffit en cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, de prescrire par convention ou par règlement, une modalité de nomination des arbitres qui préserve l'imparité de leur nombre et au besoin l'impose; ou bien encore on aménagera l'exercice par chacun des droits de la défense.

2. Ainsi conçue, l'idée d'arbitrage multipartite ne répondrait pourtant pas assez aux questions que l'on se pose dès lors qu'on envisage, dans une perspective plus générale, «l'arbitrage et les tiers».

Toute l'ambition de ses promoteurs est en effet de réussir à transformer en partie à l'arbitrage des personnes qui ne le sont pas, qui peut-être aspirent à le devenir, mais qui peut-être s'y refusent, ou bien que les parties elles-mêmes ou [page "501"](#) certaines d'entre elles entendent laisser dehors, qui donc sont des tiers par rapport à la convention d'arbitrage ou au lien juridique d'instance arbitrale, mais qui ne le sont peut-être pas, ou le sont moins, ou le sont plus ou moins par rapport au contrat principal sur lequel est venue se greffer la relation arbitrale bilatérale d'origine.

3. Mais dès l'abord, on s'aperçoit ainsi que l'arbitrage multipartite pose une question de définition: qu'est-ce qu'une partie? Qu'est-ce qu'un tiers? Un des moindres écueils n'est pas celui que traduit l'ambiguïté du langage: quand on parle des parties, on éprouve toujours quelque hésitation à savoir si ce sont celles du contrat principal ou celles de la clause d'arbitrage, tant il est vrai qu'on peut être partie au premier sans l'être à la seconde.

En réalité, il faut s'en tenir, si l'on veut établir quelque clarté, à une définition procédurale et raisonner seulement par rapport à celle-ci. La personne qui a conclu avec une autre une convention d'arbitrage ou une clause compromissoire pour résoudre un litige né d'un rapport de droit quelconque et qui agit en demande ou en défense devant le tribunal arbitral compétent pour statuer en vertu de cette clause ou de cette convention, est une partie; toute autre personne est un tiers, selon cette définition, même si elle a été partie au rapport juridique de base, *a fortiori* si elle n'y a qu'un intérêt indirect, plus encore si elle y est totalement étrangère.

4. Ceci posé, apparaît immédiatement un problème d'identification. Il n'est pas toujours aisé en effet de discerner à coup sûr qui est ou n'est pas partie à la clause ou à la convention d'arbitrage.

On ne reparlera pas ici des difficultés qui peuvent naître d'un changement de l'identité, ou de l'état, ou de la qualité pour agir des parties au contrat principal et de l'incidence de ces changements sur la convention ou sur la procédure d'arbitrage; on ne reparlera pas non plus des nuances et subtilités de la vie des affaires qui rendent difficile l'identification des véritables parties en cause dans le réseau d'intérêts que tisse parfois, autour d'une partie agissante, la parenté plus ou moins pesante d'une société-mère ou la tutelle capricieuse d'un Etat dominant. Ces difficultés sont réelles, on l'a vu dans la première partie de cette journée grâce à d'excellents rapports.

page "502"

On en retiendra seulement qu'elles ne se résolvent pas toujours par la substitution d'une partie à une autre. En certains cas peuvent émerger, aux côtés de la partie la plus immédiatement en cause, d'autres personnes partiellement impliquées en tant que promotrices ou bénéficiaires des conventions ou des actes de la première, et ceci conduit précisément à cette pluralité des parties à l'instance arbitrale qu'il va falloir maîtriser et qui relève bien de la notion d'arbitrage multipartite. On en a vu des exemples dans les affaires *Dow Chemical*, *Eurodif*, *Westland*, pour ne citer que les plus en vue.

5. Mais il ne s'agit encore que d'un problème relativement circonscrit dans lequel cette difficulté d'identification étant surmontée, les conséquences qu'on en tire se ramènent à un problème de consorité. Puisqu'il y a désormais deux ou trois demandeurs, peut-être eux-mêmes en présence de deux ou trois défendeurs et que, somme toute, on doit les considérer comme parties à une même convention d'arbitrage, il ne s'agit plus que d'organiser la façon dont elles vont participer aux débats; s'y représenter les unes les autres; y plaider peut-être par procureur (il n'est pas *a priori* évident que l'interdiction française de plaider de la sorte ait une valeur universelle); le point le plus délicat restant à coup sûr celui de l'exercice par chacune du droit de désigner l'arbitre de son choix, qui n'aura pas été, par hypothèse, réglé d'avance dans une convention d'arbitrage suffisamment élaborée.

6. C'est à l'évidence une difficulté importante. On n'en voudra ici pour preuve que les divergences de vues qui ont séparé les arbitres

sur ce point dans l'affaire *Westland*, selon la sentence publiée au *Clunet*, 1985. p. 232 avec opinion dissidente de leur propre président.

Un ou deux des six codéfendeurs visés dans la requête d'arbitrage en soutenaient l'irrecevabilité au motif qu'ils avaient des intérêts opposés à ceux de leurs consorts et qu'il aurait fallu les attirer dans six arbitrages distincts, ce qui leur aurait permis précisément de désigner chacun un arbitre. Le règlement de la C.C.I. s'appliquait. Chacun sait qu'il est muet sur cette question. La loi de procédure suisse où l'arbitrage avait lieu n'était guère secourable.

La majorité des arbitres résolut d'abord la question proprement dite de recevabilité en se référant à la volonté exprimée par les parties: «Il faut mais il suffit alors, en principe, [page "503"](#) qu'elles aient voulu se lier toutes ensemble, pour que les arbitres soient compétents en même temps à l'égard de toutes, et que l'une d'elles puisse attirer toutes les autres parties, dans une même instance arbitrale. Il importe peu même qu'il y ait plusieurs clauses arbitrales, lorsqu'il apparaît d'après leur contenu qu'elles forment un tout, dans l'esprit des arbitres. Tel est le cas en la cause». Quant à la plainte d'un des codéfendeurs de n'avoir pu nommer l'arbitre, puisque en l'occurrence la C.C.I. avait décidé de désigner elle-même l'arbitre du parti défendeur, le tribunal arbitral a jugé que cette pratique avait été «d'une part la conséquence forcée de leur consorité et d'autre part de l'absence d'un accord pour la présentation d'un arbitre commun».

Or, de son côté, l'arbitre dissident émit l'idée que le droit de désigner arbitre était si important que même une situation de consorité n'était pas de nature à y faire échec. Quant à celle-ci, encore ne pouvait-elle trouver place, à défaut du consentement des parties, ou d'une disposition légale la rendant nécessaire dans des circonstances procédurales déterminées, que dans le cas «d'une nécessité découlant du droit matériel de réunir dans une seule procédure toutes les parties défenderesses co-obligées».

7. Le sort ultérieur de cette sentence, rendue dans une affaire qui fut l'occasion de nombreux recours dans la Confédération, nous intéresse peu. En revanche, on peut ici même en tirer deux leçons:

– d'une part l'état de consorité arbitrale, s'il n'est pas le fruit d'un accord volontaire pourrait tout de même se déduire de l'existence de co-obligés dont il serait nécessaire d'après la loi de fond de fixer le sort au terme d'une procédure unique: comment ne pas penser, par exemple, au cas de co-débiteurs conjoints et solidaires de l'exécution d'une prestation unique?

– mais d'autre part l'état de consorité, volontaire, nécessaire ou autre, ne résout pas le problème du droit, s'il existe avec la rigueur dont certains le parent, pour toute partie individuelle de désigner arbitre.

8. Peut-être convient-il avant de poursuivre l'examen du sujet, de s'interroger sur l'essence et sur le contenu de ce droit. Il y a toute

chance en effet qu'il soit invoqué par les véritables tiers que la théorie de l'arbitrage multipartite voudrait introduire de gré ou de force dans un arbitrage entre parties. [page "504"](#)

Or, ce prétendu droit individuel de désigner arbitre n'est à vrai dire, qu'une semi liberté. Dans sa pureté originelle, l'arbitrage repose sur la confiance commune attribuée à un personnage neutre que les parties choisissent ensemble dans le compromis: la liberté de l'une est exactement balancée par la liberté de l'autre en vue de ce choix commun; l'institution de l'arbitre suppose de leur part un sacrifice équivalent.

La situation n'est pas différente si les parties s'en remettent à un collège d'arbitres. Fondamentalement, tout le monde s'accorde à reconnaître que le droit pour chacune d'elles de désigner un arbitre pour son camp ne transforme pas cet arbitre en partisan; la constitution du tribunal arbitral demeure l'œuvre commune des parties. Cette œuvre est protégée par une double garantie: d'une part, on réserve aux arbitres eux-mêmes, ou à une autorité préconstituée, le soin de nommer le troisième arbitre, et c'est encore un sacrifice à la liberté de choix; d'autre part la loi, les règlements, les conventions, ou les usages réservent à chaque partie le droit de récusation qui fixe une autre limite au pouvoir de désigner arbitre en signifiant à l'autre partie qu'elle ne doit désigner personne qui ne soit neutre, et indépendant d'elle.

Si l'on veut bien garder à l'esprit cette base philosophique de l'arbitrage et admettre que la liberté de désigner arbitre comporte l'obligation corollaire de proposer un arbitre indépendant (l'autre partie ayant à l'inverse l'obligation d'accepter un tel arbitre contre lequel elle ne saurait exercer son droit de récusation), il n'y a rien de choquant à ce que les consorts d'un même camp se voient imposer un choix unique entre eux.

Comme on sait, le Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. prévoit qu'elle désigne l'arbitre lorsque une partie est défaillante à exercer le choix qui lui revient, un choix qui ne tend d'ailleurs qu'à remettre une proposition que la Cour d'arbitrage doit ratifier. Le Règlement ne disant rien pour le cas des co-défendeurs qui ne s'entendent pas en vue de cette proposition, la Cour d'arbitrage considère que cette situation équivaut à une absence de proposition, et s'autorise alors à désigner l'arbitre à leurs lieu et place. Dès lors qu'il s'agit bien de co-défendeurs, il est difficile de ne pas adhérer à cet usage qui répond au surplus à d'évidentes considérations pratiques.

9. Mais lorsqu'il s'agit de tiers, on voit bien que s'il est pratiquement souhaitable de les voir intervenir, par intervention [page "505"](#) volontaire ou forcée devant un tribunal arbitral constitué ou à naître entre parties, on admettra qu'il soit beaucoup plus difficile de leur imposer un choix d'arbitres qui, par hypothèse, doit se faire ou sera fait en dehors d'eux puisqu'ils ne sont pas parties à la convention d'arbitrage et ne peuvent pas être considérés comme en étant les véritables bénéficiaires. C'est bien pour parvenir à les y

faire participer et à leur en étendre les effets que la pratique imagine des moyens plus ou moins heureux et que, dans certains pays, les tribunaux étatiques s'en chargent.

10. Près de huit années d'une abondante littérature qui s'est donné libre cours à partir du Symposium de Varsovie en 1980 (*Rev. arb.*, 1981.50 et s.)⁽¹⁾ nous dispensent aujourd'hui de recenser les cas dans lesquels il apparaît nécessaire ou utile d'organiser cette extension. Pour faire bref, on peut se référer à l'inventaire de M. de Boissésou (*Le droit français de l'arbitrage*, n° 119 p. 115) selon lequel il y a intérêt à organiser un arbitrage multipartite entre des personnes impliquées dans une suite de rapports juridiques qui peuvent être soit «horizontaux», soit «verticaux» et que Jakubowski appelait pour sa part des rapports juridiques «multilatéraux» ou «connexes» (*Rev. arb.*, 1981 p. 66).

A la première sorte appartiendrait les relations juxtaposées de partenaires d'un consortium, d'une *joint venture*, d'une entreprise commune, d'une convention de coopération industrielle; [page "506"](#) à la seconde, les relations superposées d'entrepreneurs avec leurs sous-traitants, leurs fournisseurs, les transporteurs, assureurs, banquiers (garanties bancaires) des uns et des autres. A l'évidence, les deux situations peuvent se combiner.

Quoi qu'il en soit, il est en général fait référence à une «chaîne de contrats» (Bellet, *Rev. arb.*, 1981 p. 63) voués à la réalisation d'un objet dont le type le plus communément cité est un bien ou un ouvrage complexe à livrer ou construire pour le compte d'un client final. De cette communauté d'objet on déduit, sinon une indivisibilité qui serait juridiquement discutable (Carbonnier, cité par M^{me} Rubellin-Devichi, *Rev. arb.*, 1981, p. 45), en tous cas une règle théorique selon laquelle il faudrait tout faire pour empêcher la dispersion de contentieux intimement liés dans leur principe, laquelle déboucherait sur l'émission de sentences arbitrales incompatibles: du même coup, on s'épargnerait beaucoup de temps et d'argent en n'ayant affaire qu'à un seul tribunal arbitral.

Alors de deux choses l'une: ou bien la pratique privée s'en charge et fixe des règles appropriées avec ou sans le concours des institutions d'arbitrage existantes; ou bien elle échoue à le prévoir et à l'organiser, et l'on doit se demander s'il est possible au juge ou au législateur de l'imposer.

11. La pratique n'est pas sans esprit d'invention.

On peut citer plusieurs types de propositions dans un ordre d'ingéniosité et sans doute de complexité croissante. Leur trait commun est de reposer sur l'accord des parties et des tiers pour réaliser, au pire, une harmonie entre arbitrages connexes; au mieux, une coordination ou une intégration obligatoires dans une procédure unifiée.

Voici un corps chimiquement simple, un ectoplasme d'arbitrage multipartite par exemple: à la veille de l'instruction de deux affaires

parallèles par deux tribunaux arbitraux constitués, une *pretrial conference* est organisée pour discerner les points dont la solution préalable par l'un des tribunaux commanderait la solution de l'autre litige (cf. Veeder Q.C.: « *Multi-party dispute: consolidation under English law, the Vimeira - a sad forensic Fable*, in *Arbitration International*», 1987 p. 312). On débouche ainsi sur un accord entre les parties du second arbitrage pour suspendre leur procédure jusqu'au jugement de l'autre affaire, où d'ailleurs aucune d'entre elles n'est peut-être impliquée comme partie. [page "507"](#)

A ce système de coordination volontaire par subordination d'un arbitrage à un autre, on peut rattacher celui d'une coordination par transparence. C'est celui que Monsieur Dubisson a proposé en matière de sous-traitance in «*Arbitration in subcontracts for international projects*», *Journal of International Arbitration*, 1986 p. 197.

Dans le contrat de sous-traitance, l'entrepreneur principal fait admettre par le sous-traitant que celui-ci devra l'assister en cas de litige entre lui-même et son client pour raisons tirées de l'exécution de la part des travaux sous-traités. L'arbitre de l'entrepreneur principal est nommé en accord avec le sous-traitant; à défaut d'accord, il le sera par un tiers indépendant. Le sous-traitant accepte d'avance que la sentence rendue dans le litige principal lui soit opposable quant au droit et aux preuves admises, comme s'il y avait chose jugée à son égard.

Entrepreneur et sous-traitant sont également liés par une clause d'arbitrage; si un litige s'élève entre eux dont la solution dépend du litige principal, il est d'avance convenu que les arbitres auront le droit de suspendre la procédure jusqu'au jugement de celui-ci.

12. On peut aussi concevoir et réaliser la conduite coordonnée d'arbitrages juxtaposés. Deux ou trois arbitrages sont en concours dans lesquels certaines parties sont également impliquées dans un ou plusieurs des autres. Pour peu que ces arbitrages se situent dans la mouvance d'une même institution et que celle-ci ait le pouvoir d'intervenir au moins dans la nomination des troisièmes arbitres, une communauté de présidents pourrait garantir coordination de procédures et harmonie de décisions.

La solution est toutefois choquante dans la mesure où le président commun serait seul à connaître ce qui s'est passé dans les autres arbitrages; cela ne va pas sans inconvénient à la fois quant au principe du secret des délibérations envisagées une à une et de la transparence de l'information soumise à débat contradictoire sur laquelle chaque sentence doit reposer.

On parviendra parfois à résoudre la difficulté en faisant tenir audience commune à toutes les formations arbitrales, qui rendront ensuite leurs sentences séparément, comme cela s'est vu à propos d'un contentieux en chaîne qui opposait armateur, affréteur à temps, affréteur au voyage, chargeur et destinataire devant la Chambre arbitrale maritime de Paris [page "508"](#) dans l'affaire du *Bilitis*

(*Rev. arb.*, 1979 p. 381 note J.-L. Delvolvé). Mais les conditions de réussite de cette solution ont été trop particulières pour être exhaustives.

13. Plus riches d'enseignement paraissent être les formules *ad hoc* de coopération à un arbitrage unifié par voie d'adhésion à une convention d'arbitrage commune qui confierait à une formation arbitrale préconstituée le soin de statuer sur tout litige survenant d'un bout à l'autre d'une chaîne de contractants ayant pour dénominateur commun de contribuer, de proche en proche, comme ingénieur, ou comme entrepreneur, ou comme sous-traitant, ou comme fournisseur, à la réalisation d'un ouvrage complexe.

Dans un article remarqué, «*A multiparty arbitration scheme for international joint-ventures*», in *Arbitration International*, 1987, p. 2, Mr. Gillis Wetter en a proposé la convention-type. Sans entrer dans les détails, l'essentiel de sa proposition consiste en ce que dès la survenance d'un premier litige, au moins entre parties d'une certaine importance dans la chaîne des opérateurs, un premier tribunal arbitral est constitué, avec nomination de trois arbitres, ou en tous cas du troisième arbitre, par une institution, les règles de cet arbitrage étant celles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.), et il est entendu que tout nouveau litige, entre n'importe quels adhérents sera de la compétence du même tribunal, aussi longtemps que l'ouvrage commun pourra être prétexte à contentieux.

14. A ces formules d'élaboration spontanée, les grandes institutions permanentes d'arbitrage ajoutent, ou tentent d'ajouter, des éléments de règlement d'arbitrage multipartite auxquels les parties ont ou auraient la faculté de se référer comme elles le font en matière d'arbitrage bilatéral.

La Cour d'arbitrage de Londres (*The London Court of International Arbitration*) est allée dans cette direction aussi loin que le permettent une doctrine et une jurisprudence réticentes en Angleterre à l'égard de toute formule qui imposerait aux parties la présence de tiers dans leur rapport arbitral, tout aussi bien que l'inverse, sans que les uns ou les autres l'aient véritablement voulu (par exemple: Humphrey Lloyd, Q.C., «*Concurrent Arbitration*», communication au colloque du *Centre for Commercial law studies, Queen Mary College, University of London*, 14-15 mars 1986, – non publié; et pour la jurisprudence: *Oxford Shipping Co. Ltd. page "509" v. Nippon Yusen Kaisai «The Eastern Saga»* (1984) 2 *Lloyd's Rep.* 273).

Il est prévu au paragraphe C de la *schedule of jurisdiction and powers* du Règlement de la *L.C.I.A.*:

«Unless all the parties shall at any time agree otherwise, the arbitrator shall have the power, on the application of any of the parties or of his own motion, but in either case only after hearing or receiving any representation from the parties concerned, to:(1) allow other parties to be joined in the arbitration with their

express consent *and make a single final award determining all issues between them* »

Autrement dit, la référence des parties au Règlement de la *L.C.I.A.* confère *a priori* aux arbitres nommés conformément à ce Règlement le pouvoir de faire intervenir des tiers; une fois ce pouvoir attribué aux arbitres, les parties ne peuvent en empêcher l'exercice que par leur accord unanime contraire. Mais sa réalisation supposera toujours le consentement exprès du tiers concerné.

15. Le Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. ne prévoit actuellement rien de tel. Mais la C.C.I. a édité après son congrès de Manille en 1981 un guide de l'arbitrage multipartite; elle y recommande seulement aux parties désireuses de recourir à ses services pour l'organisation d'un arbitrage multipartite de conclure entre elles des conventions appropriées où devraient être prévus selon elle, au minimum les droits suivants:

«Droit pour un participant ayant adhéré à la convention (l'adhérent) d'introduire toute action contre tout autre adhérent, alors même que l'un et l'autre ne seraient pas parties au même contrat.

2. Droit pour tout adhérent d'intervenir dans toute procédure d'arbitrage entre deux ou plusieurs autres adhérents, parties ou non au même contrat.
3. Droit pour tout adhérent, défendeur dans une procédure d'arbitrage découlant du projet, de mêler à la procédure un ou plusieurs autres adhérents.
4. Droit pour un adhérent d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence à l'égard de tous les adhérents, y compris ceux qui n'auraient pas été mêlés à la procédure d'arbitrage, sous réserve toutefois que ces derniers aient été dûment invités à y participer»

C'est, à grands traits, la même conception que celle dont M. Wetter s'est fait le champion (cf. *supra*, n° 13) à ceci près [page "510"](#) que dans sa formule, celui-ci remplace la C.C.I. par une institution de nomination quelconque et son Règlement de procédure par celui de la C.N.U.D.C.I.

16. La C.C.I. a décidé de mettre en chantier une véritable clause d'arbitrage multipartite dont un groupe de travail est chargé au sein de sa commission d'arbitrage. A ce jour, celui-ci n'a pu y parvenir ⁽²⁾. Les raisons de cet échec se trouvent dans le grand nombre de problèmes que cette idée fait surgir.

Leur recensement même non exhaustif permettra de montrer pour terminer, si la voie contractuelle de consolidation des arbitrages est une voie sans issue et s'il faut comme d'aucuns le préconisent, en passer par le juge ou par le législateur.

Ainsi se demande-t-on:

- si l'arbitrage multipartite peut susciter des difficultés d'exécution au regard des exigences de la Convention de New York quant à la validité des sentences arbitrales au regard des règles de compétence, de constitution du tribunal arbitral ou d'exercice des droits de la défense, *page "511"*
- si le tribunal arbitral doit rendre une seule sentence ou plusieurs sentences,
- quel est le sort de la sentence entre les deux parties d'origine alors que le tiers «consolidant» exerce seul les voies de recours,
- si les parties ou les tiers doivent être privés de leur droit de désigner arbitre,
- s'il est possible, après être entré dans une instance d'arbitrage multipartite, de s'en retirer volontairement sans l'agrément des autres,
- s'il est possible pour la Cour d'arbitrage ou pour les arbitres d'ordonner une disjonction des affaires,
- s'il faut limiter le nombre des parties ou des tiers admis,
- quelles sont les modalités de calcul et de répartition des provisions de frais à régler et qui doit supporter la défaillance d'une partie à le faire,
- s'il appartient à la Cour d'arbitrage ou aux arbitres de décider de la connexité et du maintien ou non d'une personne dans une procédure multipartite, etc.

Il semble en vérité que trois idées-force se dégagent à l'heure actuelle de ces débats.

D'une part, l'interférence d'un tiers ne doit pas avoir pour effet de paralyser la procédure pendante entre deux parties principales. Elle ne doit pas non plus empêcher le tiers, et pas davantage les parties de vider séparément leurs contentieux, par transaction par exemple.

Mais d'autre part, l'établissement d'un véritable règlement d'arbitrage multipartite assorti d'une clause-type d'arbitrage multipartite a un mérite qui va bien au-delà de la liaison de contentieux arbitraux entre des opérateurs que caractérise leur participation à une œuvre commune ou à un groupe de contrats et que l'on cite toujours en exemple pour justifier l'institution. C'est ce qui a été tenté par le groupe de travail en s'exerçant à la recherche d'une clause de portée universelle apte à répondre à des besoins innommés. C'est peut-être aussi pour avoir été trop ambitieux qu'il n'y a pas réussi.

Pourtant à côté des connexités latentes, qu'on peut prévoir et organiser, il y a des connexités cachées que ne révèle pas un contexte contractuel déterminé, ou qui surgissent sans qu'on l'ait prévu à l'avance. Or, s'il existe un règlement multipartite convenable, si dans deux contrats distincts, les [page "512"](#) parties s'y sont référées, ou si dans les deux cas, les parties ont adopté la clause multipartite, la voie est alors ouverte à une véritable consolidation qui peut rendre de bons services sans tirer forcément ses racines d'on ne sait quelle indivisibilité d'objet dont la réalité n'est, à vrai dire, jamais démontrée.

Enfin, il apparaît que l'adhésion, commune ou séparée, de parties liées par des contrats distincts, à des clauses d'arbitrage multipartite réalise ce paradoxe que, demeurées des tiers par rapport aux contrats des autres parties, elles sont devenues avec celles-ci des parties au rapport arbitral.

Cela devrait suffire à vider la fausse querelle du prétendu droit individuel intangible de désigner arbitre. La seule adhésion à un système d'arbitrage multipartite permet au mécanisme de désignation autoritaire subsidiaire par l'institution d'arbitrage de fonctionner, comme dans le cas des consorts, examiné plus haut (*supra*, n° 8).

17. Mais la vérité de base demeure que chacun doit être à même de déduire à point nommé de ses intérêts s'il prend un risque à se soumettre au jugement d'un tribunal arbitral commun à d'autres qu'à lui-même et à son partenaire immédiat; s'il peut leur dévoiler le secret de ses affaires; s'il peut sacrifier la garantie que représente pour lui, comme pour l'autre partie et pour les tiers à intervenir, le principe de l'effet relatif de la chose jugée. De plus, la connexité est un fait qui ne se décrète pas, et sans doute faut-il une soupape pour que tel qu'il se voit appelé à participer à un arbitrage qui lui est en fait étranger, ait la possibilité de s'en dégager.

Apparaît alors un contentieux de la connexité arbitrale dont quelqu'un doit être juge et c'est encore une question qu'il n'est pas facile de régler. Jusqu'à quel point en effet peut-on admettre qu'une personne qui n'aurait en réalité rien à voir avec un arbitrage donné et qui s'y trouverait impliqué contre son gré, devrait se soumettre au jugement des arbitres constitués dans le différend entre les parties principales sur le point de savoir si sa mise en cause est justifiée ou ne l'est pas?

N'y a-t-il pas lieu dans ce cas de garder à ce tiers le droit de s'y opposer par une décision du ressort de son juge étatique ordinaire?

Peut-être l'exploration des moyens d'une consolidation judiciaire sera-t-elle l'occasion d'un éclaircissement sur ce point. [page "513"](#)

M. OPPETIT:

L'exposé de M e Delvolvé correspondait à une étape logique dans notre effort pour surmonter ces difficultés d'inclure dans une même procédure des personnes qui, *a priori*, lui sont étrangères. C'était une étape normale, dans la mesure où le primat contractuel de l'arbitrage devait conduire à rechercher des solutions sur le terrain proprement contractuel, éventuellement aidé par l'intervention de règlements d'institutions d'arbitrage, mais on sentait quand même un peu la tonalité désabusée que prenait votre exposé dans ses dernières minutes, et qu'il ne fallait pas trop compter sur cette voie pour parvenir au résultat recherché.

Comme vous l'avez dit, l'arbitrage ou l'esprit de l'arbitrage tend à s'éloigner de ses racines et ce n'est plus toujours un esprit de coopération qui préside à son déroulement.

Comme vous le disiez en conclusion, l'arbitrage qui se heurte à ce type de difficulté finit par échouer vers le Palais de Justice où l'on demande à une autre justice de l'aider et de tirer au clair ces difficultés.

Est-ce que l'ordre juridique interne est en mesure de satisfaire à ces besoins? Est-ce que l'autorité judiciaire est mieux armée que les parties pour y parvenir? C'est l'exposé de M me Rubellin-Devichi qui nous permettra d'y répondre. [page "514"](#)

Les solutions juridictionnelles

par Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI

Professeur à l'Université de Lyon

C'est d'abord avec un peu d'appréhension que, dans cet ensemble que constitue «L'arbitrage et les tiers», nous avons abordé le volet de l'étude qui nous avait été imparti, c'est-à-dire le droit interne de l'arbitrage: nous pensions que les éminents spécialistes et praticiens du commerce, interne et international, qui composent l'auditoire, n'apprécieraient guère notre attitude face à ce problème. Pour nous, si l'on veut que l'arbitrage persiste dans la ligne ascendante que lui a assurée la réforme qui, en 1980 et 1981, lui a rendu le second souffle dont il avait besoin, il faut avant tout lui donner la plus grande effectivité là où il existe, le considérer comme évinçant irrévocablement la justice étatique, mais en revanche ne pas chercher, par quelque moyen que ce soit, à étendre son empire là où les litigants ne l'ont pas expressément prévu.

Or, de l'ensemble des rapports, et surtout des interventions entendues jusqu'ici, il ressort nettement que, comme l'avait déjà démontré M. Fadlallah lors des travaux du Comité français de l'arbitrage, en 1985, «il faut éviter de créer une présomption d'extension de l'arbitrage au groupe, à peine de provoquer un réflexe de défense qui pourrait aller jusqu'au refus de tout arbitrage» ⁽¹⁾. Que la jurisprudence entende ce conseil! Mais on aura remarqué, parmi les décisions savamment commentées jusque

-là, que certains magistrats font peut-être [page "515"](#) preuve d'un enthousiasme excessif. La Cour de Pau, le 26 novembre 1986 ⁽²⁾, a même déclaré, s'inspirant plus que largement d'un arrêt rendu par la Cour de Paris le 21 octobre 1983 ⁽³⁾, et frisant l'arrêt de règlement: « *il est admis en droit* que la clause compromissoire, expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui, par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant les dites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties au contrat ou ayant été concernées...» ⁽⁴⁾.

Il est vrai que la question, irritante, de l'arbitrage vis-à-vis des tiers se pose fréquemment, et, si l'on s'intéresse tant à ce que la pratique a fini par appeler, à la suite des sociétés savantes, l'arbitrage multipartite ⁽⁵⁾, c'est que, surtout dans son domaine de prédilection qui est le droit du commerce, l'arbitrage se rencontre beaucoup plus souvent à l'occasion d'un groupe de contrats, horizontal ou vertical, qu'à celle d'un contrat isolé, parce que, tout simplement, les relations commerciales ne sont pas simples.

L'arbitrage appartient à ces modes de règlement des conflits ⁽⁶⁾ qui, aujourd'hui, apparaissent de plus en plus à même de conduire à des solutions satisfaisantes parce que sont pris en compte la volonté des parties, leurs responsabilités, leurs désirs, et la souffrance inutile qui peut résulter du débat [page "516"](#) judiciaire ⁽⁷⁾. On les rencontre dans tous les domaines, notamment dans les relations familiales, où le rôle classique du juge apparaît de moins en moins bien adapté ⁽⁸⁾. Il serait regrettable que les milieux d'affaire se détournent de l'arbitrage, alors que ses qualités spécifiques ⁽⁹⁾, nullement contestées, le rendent irremplaçable.

S'il faut admettre, dans une mesure limitée, le bien-fondé de la jurisprudence qui s'est efforcée, en France comme ailleurs, d'attirer dans la zone de l'arbitrage, pourtant justice privée, des individus – ou des sociétés – qui n'avaient pas été parties à la convention originaire, du moins faut-il, dans la situation inverse, se montrer très rigoureux et considérer que, malgré les nécessités d'administration d'une bonne justice, la signature d'une clause compromissoire met toujours obstacle à l'attraction devant un tribunal étatique des parties à la convention arbitrale, quelles que soient la connexité ou même l'indivisibilité qui pourraient être alléguées. Quant à la «consolidation», s'il faut utiliser cet anglicisme au demeurant [page "517"](#) peu parlant, et que l'on rangera dans la catégorie des fauxamis, alors que le mot «unification», employé tout à l'heure par M. le professeur Oppetit ⁽¹⁰⁾ est infiniment plus précis et plus exact ⁽¹¹⁾, on comprend parfaitement l'avantage qu'elle peut présenter, lorsque des entreprises, dont les intérêts sont communs ou parallèles, se trouvent liées par des clauses d'arbitrage qui sont non identiques, mais semblables, et il est vrai qu'il serait essentiel

qu'un tribunal arbitral unique puisse regrouper tous les litiges connexes ou interdépendants. Mais cette «consolidation» ne peut, en l'absence de texte, être demandée au juge étatique, malgré l'accroissement de pouvoirs que celui-ci tient désormais de la réforme de 1980: respect de l'arbitrage, mais impossibilité de consolidation, telles sont les lignes de conduite qui s'imposent à lui; tels seront aussi les objets de notre réflexion.

I. – Le respect de l'arbitrage par le juge étatique

La question n'est pas nouvelle, de la force d'éviction des juridictions officielles par l'arbitrage, et la jurisprudence française a eu à connaître depuis longtemps d'affaires où il y avait pluralité de défendeurs ou d'appels en garantie ⁽¹²⁾; la liste n'est pas close, ni des décisions, ni des controverses doctrinales.

On se rappelle les données du problème: les tribunaux connaissent d'une affaire, à l'occasion d'un contrat ne comportant *page* **"518"** pas de clause compromissoire: mais, dans ces hypothèses diverses d'intérêts multiples, d'autres contrats contiennent une ou des clauses compromissoires, et l'on peut même imaginer des clauses d'arbitrage identiques, quant au lieu et au nom des arbitres, ou même des clauses prévoyant une consolidation. Le droit judiciaire, des tribunaux étatiques, peut-il s'appliquer et gommer ces clauses? Non pour ceux (qui nous paraissent être dans le vrai) qui croient en l'arbitrage et qui veulent le protéger de la désaffection certaine qu'entraînerait son ineffectivité. Oui pour ceux qui, au nom d'une bonne administration de la justice, souhaitent que l'on traite la convention arbitrale comme une clause attributive de compétence territoriale, somme toute.

Pour rappeler, de façon succincte, les données du problème, il faut reprendre les textes du nouveau Code de procédure civile.

– L'article 42 fixe la compétence *territoriale*, et dispose, dans son alinéa 2: «S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux».

– L'article 48 interdit, à titre de principe, les clauses dérogeant à la compétence territoriale – sauf entre commerçants, et à la condition qu'elles soient spécifiées de façon très apparente ⁽¹³⁾ –. Lorsqu'elle est licite, la clause de compétence territoriale fait échec au choix du demandeur, et n'est elle-même tenue en échec que par l'indivisibilité du litige.

– L'article 333, sous le titre «intervention forcée», édicte: «Le tiers mis en cause est tenu de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire, sans qu'il puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de compétence».

Que la convention arbitrale ne concerne pas la compétence territoriale semble avoir été oublié de certains tribunaux. Il ne

convient pas ici de refaire l'analyse de la jurisprudence, nombreuse et divisée, sur ces questions mais seulement d'en reprendre le dernier état.

– Le 8 novembre 1982 ⁽¹⁴⁾, la Cour de cassation met à néant l'arrêt de la Cour de Paris qui, le 21 décembre 1979, [page "519"](#) avait, au nom de la connexité, condamné la société appelée en garantie à comparaître devant le tribunal étatique malgré la convention arbitrale. L'arrêt est cassé au visa de l'article 333 du nouveau Code de procédure civile: «en vertu de ce texte, l'obligation de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire ne s'impose au tiers mis en cause *que si la contestation ne porte que sur la compétence territoriale*».

– La Cour de Paris, le 13 mai 1983 ⁽¹⁵⁾, revient sur sa jurisprudence, dans une affaire de sinistres affectant des canalisations qui traversaient le lit de la Durance, et qui servaient au transport d'hydrocarbures pour le compte de plusieurs compagnies différentes. La complexité des litiges tenait également à ce qu'étaient assignés les constructeurs des canalisations, et un tiers qui avait opéré des extractions de matériaux dans le lit de la rivière, sans d'ailleurs respecter toutes les conditions dont était assortie l'autorisation administrative... La Cour énonce, dans un considérant admirable de rectitude juridique par le raisonnement qu'il contient: «si l'article 42 du nouveau Code de procédure civile permet d'attirer tous les co-défendeurs devant la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux, cette disposition qui ne déroge qu'aux règles de la *compétence territoriale*, n'est applicable qu'à la condition que le tribunal choisi ait la *compétence d'attribution* à l'égard de tous; que tel n'est pas le cas lorsque par une clause du contrat les liant, certaines des parties ont entendu soustraire aux tribunaux étatiques pour les soumettre à l'arbitrage les contestations susceptibles de naître à l'occasion de l'exécution de ce contrat». De plus, et pour la première fois comme le fait remarquer M. Bazex, la Cour apporte une justification supplémentaire à l'appui de la primauté de la clause compromissoire, en faisant valoir un argument spécial tiré de la force obligatoire des contrats, dans lequel nous voyons aussi, et surtout, une sorte de consécration de la légitimité de l'arbitrage aux yeux des juridictions officielles: «la volonté (des parties) librement et nettement exprimée doit s'imposer alors qu'elle ne contrevient pas à la loi».

Quant à l'indivisibilité, la Cour en fait très exactement justice. En premier lieu, elle affirme nettement que le fait que le litige serait indivisible ne saurait permettre de faire échec à l'attribution de compétence prévue par la convention d'arbitrage; mais surtout, reprenant le critère de l'indivisibilité (impossibilité d'exécuter simultanément les décisions émanant [page "520"](#) de juridictions différentes), les magistrats estiment que, s'agissant d'un sinistre procédant de plusieurs causes conjuguées faisant apparaître des responsabilités convergentes, il n'y a pas d'indivisibilité, puisque «l'obligation au tout poursuivie contre les co-débiteurs pourra de toutes façons être réclamée à l'un d'eux». C'est dire effectivement

que, dans tous les cas, et ils sont de loin les plus nombreux, où la question soulevée est celle de la responsabilité de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat, l'indivisibilité n'existe pas. On se réjouira de voir la Cour de Paris en venir à la seule définition correcte de l'indivisibilité ⁽¹⁶⁾, sans tomber dans le travers d'habiller ainsi des considérations d'équité ou d'opportunité, qui faisaient dire à Gény ⁽¹⁷⁾: «Quels emplois surprenants n'en a-t-on pas fait, et, si l'on veut bien me pardonner l'expression, à quelle sauce ne l'a-t-on pas mise dans les matières les plus diverses?» La Cour de cassation a eu encore récemment, le 9 juin 1987 ⁽¹⁸⁾, l'occasion de repousser l'argumentation du demandeur au pourvoi qui invoquait la bonne administration de la justice pour tenter de faire échec à l'incompétence du tribunal de commerce en présence d'une clause compromissaire dans une affaire de co-responsabilités ⁽¹⁹⁾. «... attendu que la Cour d'appel a retenu que le litige n'était pas indivisible et qu'il n'y avait pas entre l'action dirigée contre la société Burmeister et l'action contre la société Dubigeon un lien tel qu'il faille redouter une contrariété de décisions entre le jugement rendu sur la responsabilité du réparateur qu'est la société Dubigeon et une sentence arbitrale susceptible d'intervenir quant à la responsabilité du concepteur et du fournisseur des moteurs, l'exécution du jugement et de la sentence ne devant se heurter à aucune impossibilité». [page "521"](#)

Le 11 février 1987 ⁽²⁰⁾, la Cour de Paris a encore à connaître d'une affaire de co-responsabilités, à propos d'avaries survenues à un chargement de bananes en provenance d'Afrique ⁽²¹⁾; il y avait une clause compromissaire liant l'affréteur et le transporteur, et cependant le tribunal de commerce s'était déclaré compétent. Sur contredit, les juges d'appel réforment la décision: «L'argument tiré d'un "lien manifeste de connexité" entre la demande principale et l'appel en garantie... est inopérant dès lors que (la société transporteur), tenue par les termes de la clause compromissaire, a expressément renoncé à attirer (la société affréteur) devant une juridiction ordinaire; qu'à supposer même l'existence d'une indivisibilité, cette circonstance ne saurait mettre en échec une stipulation librement consentie par les parties».

On peut, semble-t-il, affirmer que s'agissant du respect de la clause compromissaire, les juridictions officielles ont aujourd'hui une attitude parfaitement orthodoxe en refusant d'écarter l'arbitrage sous prétexte de la pluralité de défendeurs ou d'une prétendue indivisibilité du litige. Mais peuvent-elles aller plus loin, et, pour assurer le bon fonctionnement de l'arbitrage, prêter leur aide à la

«consolidation»

?

II. – L'impossible consolidation de l'arbitrage par le juge étatique

Personne n'ignore les avantages d'une nouvelle consolidation: comment imaginer qu'une justice fonctionne «bien» lorsque, dans une série de litiges parallèles, des arbitres différents sont désignés, qui jugent selon une procédure différente et, bien entendu, risquent de rendre des décisions contradictoires, ou du moins sans cohérence? aussi voit-on souvent ceux qui sont, à juste titre, des partisans convaincus de l'arbitrage tenter de trouver le moyen d'imposer ou d'organiser [page "522"](#) la consolidation des procédures lorsque, dans des affaires connexes ou imbriquées les unes dans les autres par une intégration verticale ou horizontale, pour reprendre les hypothèses évoquées par M e Moquet (*infra*, p. 529), des clauses compromissaires donnent compétence à des arbitres différents (ou éventuellement à un même arbitre), sur des problèmes qui se rattachent en fait à un litige unique.

Il me semble qu'il faut affirmer avec force que, si une solution doit être trouvée, elle ne relève pas, aujourd'hui, du pouvoir du juge et il n'est pas bon de surprendre la volonté des parties qui, en recourant à l'arbitrage, savent ce qu'elles veulent et ce qu'elles ne veulent pas.

M. Level indiquait ailleurs ⁽²²⁾ que dans le domaine de la construction, les entreprises ne voulaient pas prendre le risque de la consolidation, parce que, dans une affaire donnée, l'entrepreneur pouvait être favorable à la consolidation redoutée par le soustraitant, les mêmes étant tantôt entrepreneurs principaux, tantôt sous-traitants.

On a parlé beaucoup aujourd'hui de la loi hollandaise sur l'arbitrage de 1986, qui prévoit, à titre supplétif, la faculté judiciaire de prononcer la consolidation ⁽²³⁾, et cette loi, dans sa mesure, est peut-être un modèle intéressant, encore qu'il faille réserver les difficultés que risque de susciter l'exécution dans un autre pays des sentences arbitrales rendues après consolidation dans leur pays d'origine, dont M. Gaillard nous [page "523"](#) dira qu'elles ne sont pas minces, dans toutes les hypothèses de consolidation qu'il appelle autoritaire ⁽²⁴⁾.

En tout cas, contrairement à ce qu'une partie de la doctrine française paraît supposer, il n'est pas vrai que le juge étatique pourrait trouver, dans le nouveau Code de procédure civile, matière à ordonner la consolidation, comme, nous dit-on, une jurisprudence prétorienne américaine a coutume de le faire. En effet, s'il est exact que le magistrat a, depuis la réforme, fondé ses pouvoirs sur l'article 1444 en droit interne, et sur l'article 1493 en matière d'arbitrage international, pour assurer la *constitution* du tribunal arbitral *en cas de difficulté*,— et l'on sait tout ce que la vitalité de l'arbitrage doit à certaines juridictions présidentielles ⁽²⁵⁾—, il convient de remarquer qu'en matière de consolidation, la situation est tout à fait différente: de quel droit imposer, *sans texte*, à un litigant qui a souscrit une clause correcte, a fait toutes diligences, etc., d'avoir à changer d'arbitre, de procédure, de lieu d'arbitrage?

En revanche, on observera volontiers que la loi a donné pouvoir au président du tribunal de grande instance de désigner l'arbitre exigé par l'imparité (art. 1454), de proroger le délai légal ou conventionnel (art. 1456), et à la juridiction saisie d'un recours en annulation de la sentence arbitrale de statuer sur le fond sauf volonté contraire de toutes les parties (art. 1485). C'est dire que l'éviction de la juridiction étatique par la clause compromissoire n'est pas radicale au point que les juges ne puissent intervenir en matière arbitrale: il ne serait pas inconvenable, que, dans l'intérêt d'une bonne justice *page "524"* – arbitrale –, le législateur confère au juge étatique le pouvoir de proposer, et peut-être même d'imposer, sous certaines conditions, une consolidation. On pourrait imaginer, par exemple, un nouvel alinéa aux articles 1444 et 1493, qui permettrait au président du tribunal de grande instance de décider (sauf volonté contraire de toutes les parties?) de la consolidation, en ayant peut-être la possibilité de ne retenir que les présidents des tribunaux arbitraux concernés, pour éviter ce qu'on a appelé d'une façon très imagée la constitution d'un tribunal «mammouth».

Mais encore une fois, il faut être très prudent et faire d'abord porter l'effort sur une consolidation conventionnelle, avec en premier lieu une harmonisation des règlements: l'arbitrage est une juridiction volontaire, un espace de liberté individuelle; il ne saurait être question, sous prétexte d'une meilleure organisation, de réintroduire des textes impératifs qui ne s'imposent pas et risquent au contraire d'aller à l'encontre de la volonté des parties: l'arbitrage y perdrait sa spécificité et du même coup une grande partie de son intérêt. *page "525"*

Débats

M. BOIVIN:

Les relations contractuelles dans lesquelles les praticiens sont confrontés aux problèmes de l'arbitrage multipartite sont variées à l'infini. Toutefois, dans la pratique, le plus fréquemment ce problème se pose dans le cadre des accords de groupements d'entreprises, c'est-à-dire essentiellement, comme l'a rappelé tout à l'heure M e Delvolvé, dans les groupements horizontaux d'une part et les groupements verticaux d'autre part.

Groupements horizontaux: il s'agit d'accords de co-traitance par lesquels plusieurs entrepreneurs décident d'accepter un marché, étant précisé que tantôt il sont solidaires vis-à-vis du client, tantôt ils ne le sont pas; seul le chef de file est le co-contractant principal avec le client. Quant aux accords de groupements verticaux, il s'agit de cette chaîne de contrats qui va du client au maître d'œuvre, aux soustraitants et éventuellement aux fournisseurs. Il faut préciser d'ailleurs que ces deux types de situations (groupements horizontaux et groupements verticaux) peuvent se rencontrer cumulativement dans une même situation contractuelle complexe et

donner ainsi naissance à une véritable arborescence de situations contractuelles.

En l'état de relations contractuelles aussi complexes, les tribunaux, en droit français et dans la plupart des pays étrangers, ont la possibilité de décider par une seule et même décision sur ces litiges qui vont opposer non seulement le maître d'ouvrage au maître d'œuvre, mais aussi le maître d'œuvre à ses sous-traitants et éventuellement ses fournisseurs, puisque les règles de l'intervention forcée vont permettre au juge de statuer sur la demande principale, mais aussi sur tous les appels en garantie qui pourront naître de cette demande principale. Bien évidemment, il serait souhaitable qu'un tribunal arbitral, saisi d'une situation juridique complexe, soit également à même de statuer non seulement sur la demande principale, mais aussi sur la totalité des appels en garantie auxquels elle peut donner lieu.

Il est évident qu'une telle solution présenterait des avantages, non seulement de rapidité et de coût moindre, mais surtout – et c'est à mon sens l'avantage essentiel – permettrait d'éviter un risque de contrariété de décisions.

Si, en effet, un litige entre le client et le maître d'œuvre doit donner lieu à un premier arbitrage, que le litige oppose le maître *page "526"* d'œuvre à son sous-traitant et donne lieu à un deuxième arbitrage, il est à craindre dans ce cas que deux décisions contradictoires soient rendues et l'on peut très bien concevoir par exemple que dans le premier litige, le maître d'œuvre soit reconnu responsable vis-à-vis du client à raison de fautes qu'il n'a pas personnellement commises, mais qui l'ont été par son sous-traitant. Il sera condamné de ce chef. Et quand, dans le cadre du second arbitrage, ce maître d'œuvre va se retourner contre le sous-traitant, il est très possible que le tribunal arbitral considère qu'en réalité les fautes sont imputables soit à ce maître d'œuvre, contrairement à ce qu'avait décidé le premier tribunal arbitral, voire même au client lui-même.

En l'état actuel de notre droit positif, la mise en œuvre d'une procédure arbitrale permettant de rendre une seule et même sentence pour résoudre tous ces litiges supposerait qu'une clause compromissoire commune figure dans tous ces contrats. Ce serait donc la clause d'arbitrage multipartite, sur l'avenir de laquelle d'ailleurs le premier Président Bellet, ce matin, nous a fait part de son pessimisme.

Effectivement, dans la pratique il est impossible, surtout quand les relations contractuelles concernent 18, 20 ou 30 parties, de pouvoir mettre au point une clause compromissoire multipartite. Sur le principe même d'une telle clause, il y a gros à parier que les négociations achopperont, soit sur le choix de l'organisme institutionnel chargé d'organiser l'arbitrage, C.C.I. ou autre, sur le choix des arbitres bien entendu, sujet sensible comme l'a rappelé M e Delvolvé, sur le lieu de l'arbitrage ou sur la loi applicable, et j'en passe. De sorte que très souvent, il sera impossible de mettre en

œuvre un tel arbitrage multipartite, faute de clause compromissoire commune.

La pratique a créé un certain nombre de palliatifs qui sont imparfaits et je me bornerai à en évoquer quelques-uns; ensuite M e Moquet vous en présentera d'autres.

En ce qui concerne les groupes verticaux (les contrats de sous-traitance), il est possible que le client accepte, dans son contrat avec l'entrepreneur principal, que le sous-traitant, en dépit de l'opacité du contrat de sous-traitance, puisse être appelé à la procédure d'arbitrage qui opposera ce client et ce maître d'œuvre.

Dans un tel cas, dès lors qu'il est prévu, dans la seconde clause compromissoire – celle qui figurera dans le contrat de sous-traitance – que le sous-traitant et le maître d'œuvre se mettront d'accord sur le choix d'un arbitre commun et qu'à défaut, cette désignation sera effectuée par une autorité indépendante, la Cour d'arbitrage de la C.C.I. par exemple, on peut très bien concevoir un arbitrage consolidé. Mais c'est une consolidation contractuelle dans la mesure où, à la suite du litige opposant le client au maître d'œuvre, celui-ci pourra exercer une action récursoire contre le sous-traitant, de sorte [page "527"](#) que le tribunal arbitral, par une seule et même sentence, statuera à la fois sur la demande principale et sur l'appel en garantie du maître d'œuvre.

Il est relativement rare, je dois le concéder, que le client accepte ainsi la participation à l'arbitrage du sous-traitant. Dans un tel cas, le second palliatif, mais sur lequel je ne m'étendrai pas puisqu'il vous a été excellemment exposé par M e Delvolvé, est celui qu'il a qualifié de coordination par transparence et qui figure notamment dans l'ouvrage de Michel Dubisson sur les groupements d'entreprises. Lui ayant succédé dans ses fonctions, j'ai trouvé dans son héritage une telle clause.

Il est évident que dans une telle situation, le sous-traitant est appelé à participer à l'arbitrage qui oppose le client et le maître d'œuvre, même s'il n'est pas partie à cet arbitrage, mais maître d'œuvre et sous-traitant organisent une défense commune, choisissent en commun l'arbitre, de sorte que la sentence qui sera rendue dans les rapports clients-maître d'œuvre sera opposable au sous-traitant. C'est une opposabilité, non seulement au sens que donnait à ce terme M. le professeur Goutal ce matin, mais on voit mal le sous-traitant, dans un tel cas, pouvoir avec succès exercer une tierce opposition contre la sentence, dès lors qu'il aura participé à toute la procédure de l'arbitrage et surtout, fait valoir ses moyens de défense.

On peut en outre espérer qu'au vu de cette sentence, le sous-traitant exécutera le dispositif de la sentence qui évitera donc le recours à un second arbitrage, qui mettrait face à face le maître d'œuvre et le sous-traitant.

Pour ce qui concerne les groupements horizontaux, la situation est sans doute moins difficile que pour les groupements verticaux. S'il

s'agit de groupements horizontaux solidaires, il n'y a pas de difficulté particulière, dans la mesure où chaque membre du groupement est lié par le marché principal avec le client. Le seul problème qui peut se poser concerne la désignation de l'arbitre car bien sûr, s'il y a 15 entreprises groupées, chacune ne va pas désigner un arbitre. Mais l'expérience démontre que très souvent, ces entreprises parviennent à se mettre d'accord sur le choix d'un arbitre commun et encore une fois, dans la négative, on a recours à l'autorité chargée de désigner un arbitre.

Lorsque le groupement d'entreprises n'est pas solidaire, la situation est plus complexe, dans la mesure où seul le maître d'œuvre qui a signé le contrat avec le client sera face à lui dans le cadre d'un arbitrage. Les autres co-traitants qui ne sont pas partie au marché ne pouvant bien entendu être partie à cet arbitrage. Dans ce cas-là, il est possible d'avoir recours à cette coordination par transparence dont nous avons dit un mot tout à l'heure, à l'occasion des groupements verticaux. *page "528"*

Voilà donc quelques palliatifs qui permettent non pas de remédier à tous les inconvénients d'arbitrages successifs, mais de limiter les risques, notamment les risques de contrariété de décision par une coordination des diverses clauses compromissaires, contenues respectivement dans le marché principal, les marchés de sous-traitance, les marchés de fournitures, etc.

M. MOQUET:

Mon intervention consistera simplement à énoncer deux cas dans lesquels j'ai été pratiquement confronté à ce genre de situation et à vous donner les solutions que nous avons cherché à ébaucher.

Le premier cas était un cas d'intégration horizontale pour la construction d'une usine clés en main en Algérie. Les deux parties étaient à égalité, 50-50 % dans l'importance du marché et elles avaient chacune besoin de l'autre pour pouvoir remplir le marché. Il n'était pas question que l'une cherchât à imposer sa volonté à l'autre.

En fin de compte, le problème s'est résolu par le biais de la constitution d'un G.I.E. C'est le G.I.E. qui a été chargé de la coordination des travaux, y compris la coordination des relations des présidents des deux sociétés entre eux, ce qui était peut-être le plus délicat. C'est le G.I.E. qui était seul responsable des relations avec le maître de l'ouvrage.

Quand un litige est intervenu, le G.I.E. a joué pleinement et jusqu'au bout son rôle de seul responsable des relations avec le maître d'ouvrage. Il a pris en charge la procédure, il en a assumé la défense en veillant, bien entendu, à se faire garantir par le comité de direction qui avait été créé. Je précise que le G.I.E. était géré par un administrateur unique. Donc, voilà une solution qui a été acceptée et qui a fonctionné.

Deuxième solution: c'est le cas d'une intégration verticale, il s'agissait d'un projet très important dans le cadre duquel une portion du contrat était très technique, mais représentait un montant en travaux à effectuer relativement faible. L'entreprise principale a craint que si un litige venait à naître, elle soit confrontée à un arbitrage primaire qui l'opposerait à son client, puis un arbitrage secondaire qui l'opposerait à son sous-traitant et qu'il y ait un risque de contradiction des deux décisions. Elle a voulu éviter ce risque et a donc cherché à imposer le principe, dans le contrat, que les faits tels qu'ils seraient déterminés par la sentence arbitrale primaire s'imposeraient dans le cadre de la sentence arbitrale secondaire.

Ceci a supposé des négociations assez longues et finalement, les deux parties ont accepté ce principe, mais sous deux conditions: la première était que le sous-traitant soit autorisé à coopérer à la défense dans l'arbitrage primaire. Ceci me semblait très important parce que cela liait le sous-traitant. Le risque existait qu'un litige [page "529"](#) naisse entre les conseils du sous-traitant et de l'entrepreneur principal, dès le moment de la présentation et de l'élaboration de la défense à l'arbitrage primaire. Mais hormis ce risque, le sous-traitant était déjà lié par tout ce qui allait être présenté au tribunal arbitral primaire, et donc par l'établissement des faits tels qu'ils seraient retenus par les arbitres primaires.

La deuxième chose était l'accord sur la désignation de l'arbitre. Nous avons envisagé que l'arbitre soit désigné d'un commun accord une fois le litige né. L'entrepreneur principal ne l'a pas voulu et je crois qu'il avait raison, parce qu'il a estimé qu'à ce moment-là, sans doute, on en viendrait à une opposition et on aurait donc un litige qui se surajouterait aux autres. Nous avons donc élaboré une liste et il y avait en annexe au contrat une liste de six arbitres possibles qui avait été arrêtée d'un commun accord, ainsi qu'une procédure de désignation d'une partie supplémentaire si l'un des six se désistait ou cessait son activité. L'entrepreneur principal, dès l'instant où il choisissait son arbitre parmi l'un des six, rentrait donc dans le cadre des dispositions qui faisaient que les faits tels qu'ils auraient été arbitrés par la sentence primaire s'imposeraient dans le cadre de la sentence secondaire.

On avait envisagé aussi que, dans le cadre de l'arbitrage secondaire, le litige soit réglé par un arbitre unique qui serait celui désigné dans le cadre de la sentence primaire. Nous nous y sommes opposés et les deux conseils ont été d'accord pour rejeter cette solution, pour les raisons évoquées par M e Delvolvé, qui ne sont pas, je dois le dire, très convaincantes.

A mon sens, il y a un sentiment légitimiste latent chez tous les juristes, qui fait que nous sommes tout à fait disposés à soumettre deux litiges identiques à un même tribunal, mais beaucoup moins disposés à les soumettre à un même arbitre.

Dans la lignée de ce sentiment légitimiste, je voudrais terminer en apportant quelques réserves à la dérive qui a été notée ce matin par

le P r Vasseur. Cette dérive me semble très focalisée sur le problème d'arbitrage, mais on oublie par contre qu'elle est de nature à susciter d'énormes problèmes fiscaux. En effet, quand on implique la société-mère au nom de son contrôle ou au nom du concept d'émanation, ou au nom de parties latentes au contrat, on crée en fiscalité internationale un risque de concept d'établissement permanent et donc, de fiscalisation des revenus de la société-mère éventuels dans ce pays, ce qui peut avoir des conséquences énormes.

M. PLUYETTE:

Il m'a été demandé de présenter quelques brèves observations sur ce que peut être la pratique judiciaire quand un tiers se trouve impliqué dans une relation d'arbitrage. Les réflexions que je vais vous livrer sont moins une analyse d'une jurisprudence qui vient déjà d'être exprimée que celle du juge qui se trouve [page "530"](#) confronté à des tentatives de consolidation, et plus particulièrement du magistrat qui agit par délégation du président du tribunal dans le cadre de l'article 1444 N.C.P.C.

Apparemment, deux principes essentiels s'opposent à toute intervention active du juge étatique lorsqu'un tiers se trouve impliqué. D'une part, l'effet relatif des contrats entre les seules parties et le principe de l'autorité relative de la chose jugée, d'autre part et surtout, les caractères conventionnel et volontariste qui dominant le droit de l'arbitrage. Cependant, la réforme du droit de l'arbitrage a prévu plusieurs possibilités d'intervention du juge étatique, certes limitées: ce sont les articles 1444 et 1493 relatifs aux difficultés de constitution du tribunal arbitral, l'article 1463 sur la récusation des arbitres, les dispositions sur les voies de recours, et enfin, toutes les dispositions relatives à la compétence d'attribution des juridictions étatiques.

La pratique judiciaire montre que les difficultés provoquées par l'immixtion d'un tiers dans l'arbitrage se rencontrent dans trois situations différentes. D'abord, quand il existe plusieurs contrats qui sont en fait pour une partie une seule et même opération. Ensuite, quand on fait intervenir un tiers dans une procédure pour s'opposer à l'arbitrage. Enfin, lorsqu'un tiers est concerné à l'occasion de l'exécution de la sentence.

Dans tous ces cas, on peut constater, dans la pratique, que c'est l'aspect volontariste de l'arbitrage qui prédomine et qu'une consolidation spécifique judiciaire n'est que secondaire, sauf peut-être en matière internationale.

Voyons d'abord et essentiellement les difficultés provoquées par la pluralité de conventions. Bien souvent, en matière interne ou nationale, les opérations économiques et complexes donnent lieu à la conclusion de plusieurs conventions distinctes entre plusieurs parties apparemment étrangères les unes aux autres, mais qui présentent la caractéristique d'être étroitement liées en vue de la résiliation d'un même et unique projet. Ceci a déjà été débattu, mais

en pratique, et c'est une constatation du juge, il s'avère que les clauses arbitrales sont le plus souvent très différentes car elles ont été rédigées dans un contexte économique et juridique, et surtout de rapports de forces qui n'ont pas été les mêmes. Elles sont souvent contradictoires, elles aboutissent à des impasses et c'est dans ces cas-là qu'on recourt au juge.

Il s'ensuit inévitablement de grandes difficultés pour mettre en place ces procédures d'arbitrage. Faute de pouvoir réellement admettre des arbitrages multipartites – sauf à recueillir l'accord de toutes les parties comme on l'a déjà relevé, et Monsieur le Premier Président Bellet (note sous Trib. gr. inst. Paris, 13 janvier 186, *Revue arb.*, 1987.63) a montré toutes les difficultés rencontrées – [page "531"](#) peut-il y avoir une place pour une consolidation des instances arbitrales par le juge étatique? Me de Boissésou, dans son ouvrage, recommande une harmonisation des procédures par les modalités de désignation des arbitres. Cette proposition est intéressante, mais il m'apparaît encore une fois que sa mise en œuvre dépend essentiellement de la volonté des parties, et d'autre part, elle rencontre des difficultés.

D'abord, si les arbitres ont désigné un même centre d'arbitrage, la consolidation peut intervenir par la constitution du même tribunal arbitral, selon le règlement propre à l'institution. Encore faut-il que chaque partie accepte de désigner le même arbitre qu'auparavant. A défaut, la consolidation pourra se faire par la nomination du Président du tribunal arbitral qui serait le même dans les deux arbitrages.

En revanche, lorsque le juge étatique est saisi pour désigner un arbitre, il intervient le plus souvent aux lieu et place d'une partie défaillante. Je me suis rendu compte que le juge est très réticent dans ces cas-là pour procéder à une forme de consolidation de l'arbitrage sans l'accord des parties. Ici encore, il y a lieu pour le juge, dans l'exercice de sa mission d'assistance technique à l'arbitrage, de rechercher l'adhésion au choix des parties, et tout particulièrement au choix du Président du tribunal arbitral.

Je me suis rendu compte, à travers un certain nombre de cas, de la grande réserve et de la grande réticence des parties et des avocats à vouloir cette consolidation. Récemment, j'ai été saisi d'un cas assez amusant: il s'agissait d'une demande de désignation d'un arbitre aux lieu et place d'une partie défaillante, et il s'agissait d'une nouvelle demande découlant d'un premier litige qui avait donné lieu à une sentence arbitrale: tout était parfait. Et quand j'ai reçu l'assignation, je me suis dit qu'au fond on pourrait peut-être organiser, pour le second litige, le même tribunal arbitral. A l'audience, j'ai été très surpris de constater que le demandeur n'avait pas désigné l'arbitre qu'il avait préalablement choisi dans le premier arbitrage, et le défendeur a comparu en me disant qu'il avait désigné un arbitre qui était aussi une personne totalement étrangère au premier litige. Il y a donc un élément factuel qui incite le juge à se montrer extrêmement prudent lorsqu'il procède à cette consolidation.

Cette réticence s'exprime tout particulièrement à travers les demandes de récusation incidentes d'un arbitre ayant préalablement siégé dans une affaire principale, et c'est un autre aspect que j'ai eu l'occasion de découvrir. Cela se rencontre notamment à l'occasion d'appels en garantie. L'appelé en garantie qui n'a pas participé à l'instance principale se méfie de l'arbitre qui a une connaissance personnelle et préalable du litige, et il estime que cet arbitre désigné par son adversaire ne peut plus avoir l'impartialité suffisante pour juger dans la nouvelle instance. A cette occasion, il saisit le Président du tribunal de grande instance sur le fondement d'une difficulté [page "532"](#) du tribunal arbitral en faisant en quelque sorte une récusation préventive.

Dans la pratique judiciaire, cette situation s'est produite à plusieurs reprises et a notamment donné lieu à une ordonnance déjà citée du 13 janvier 1986 (*Rev. arb.*, 1987.63). La société Setec s'était opposée à la désignation d'un arbitre de la société Sicca, lequel avait participé à la demande principale, étant observé, en plus, qu'entretemps il y avait eu une transaction sur la sentence arbitrale. Cette partie avait fait valoir, devant le Président du Tribunal de grande instance, que son comportement personnel aurait été apprécié par les arbitres d'une manière défavorable et de ce fait, qu'il y aurait un déséquilibre et un préjugé à son encontre pouvant être tiré des discussions ayant eu lieu du précédent arbitrage.

Le problème de la récusation ici est toujours directement posé et n'était pas facile à trancher. En fait, l'ordonnance, sans statuer directement sur le moyen ici évoqué, a relevé que cet argument n'était pas par lui-même fondé et susceptible de donner matière à récusation: «Attendu qu'aucun principe ne s'oppose à ce qu'un arbitre... soit appelé à statuer sur l'appel en garantie formé après une procédure principale dont il a eu préalablement à connaître. La connaissance de la procédure antérieure n'est pas de nature à mettre en cause son impartialité, son objectivité ou son aptitude à juger d'un nouveau litige, dès lors que sa personne ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse».

Cette affaire montre bien combien l'adhésion des parties au choix de l'arbitre pour toute consolidation judiciaire est nécessaire.

Nous venons de voir ici la situation de plusieurs contrats contenant une clause compromissoire. Mais une autre situation peut se présenter qui a trait non plus à l'harmonisation de plusieurs clauses d'arbitrage de plusieurs contrats, mais de la comptabilité d'une clause compromissoire avec d'autres contrats qui n'en comportent pas. Peut-on procéder à cette consolidation judiciaire de l'ensemble des litiges sur le fondement d'une indivisibilité ou d'une connexité? Ce problème s'est trouvé posé à plusieurs reprises.

D'abord, il faut bien voir que le trait essentiel de la clause compromissoire est de fonder le pouvoir juridictionnel des arbitres. C'est l'investiture à partir de laquelle il détermine le principe et l'étendue de la compétence. C'est ainsi que la jurisprudence

dominante applique le principe de l'indépendance de l'instance arbitrale et donne effet à la convention d'arbitrage, nonobstant indivisibilité ou connexité. Je me demande si cette jurisprudence est aussi dominante qu'on a pu le prétendre et si elle n'a pas été remise en question.

Il m'apparaît que dans la pratique judiciaire, l'appréciation du juge peut être différente selon qu'il s'agit d'un arbitrage interne ou d'un arbitrage international. [page "533"](#)

En cas d'arbitrage interne, le juge étatique me paraît beaucoup plus enclin à procéder en quelque sorte à une consolidation des opérations au profit des juridictions étatiques par un effet de privilège de compétence, alors que la tendance me paraît un peu inverse en matière d'arbitrage international.

Je vais vous donner deux exemples dont l'un a été cité par M me Rubellin-Devichi. C'est cet arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 décembre 1987 ⁽¹⁾. Très simplement, des commissaires-priseurs s'étaient groupés sous la forme d'un G.I.E. en vue essentiellement de mettre en place un système de logiciel destiné à l'automatisation des charges, ainsi qu'à la gestion des diverses ressources. Système extrêmement complexe puisqu'il avait donné lieu à un premier contrat de 1981 contenant une clause compromissoire qui était claire. Puis un contrat de 1984 sur un autre objet en vue de l'adaptation du logiciel, et qui donnait compétence au Tribunal de commerce de Paris. Troisième contrat du 15 juin 1984, contrat de sous-traitance, et la clause indiquait que le litige serait porté devant le tribunal compétent. Enfin, quatrième contrat en 1984 qui prévoyait une clause attributive de compétence au profit du Tribunal de commerce de Paris.

Un litige naît à propos de la résiliation de l'ensemble des conventions. Une procédure préventive à l'arbitrage a eu lieu, en ce sens que l'une des parties a saisi le Tribunal de grande instance de Paris pour faire juger que l'ensemble des contrats autres que celui qui comportait la clause compromissoire devait être de la compétence unique et exclusive du Tribunal de commerce de Paris. Dans ses conclusions, ensuite, elle a imaginé de faire considérer l'ensemble des opérations comme un tout. Naturellement, on a opposé l'existence de la clause compromissoire en vue de faire rattacher l'ensemble des conventions à la procédure de l'arbitrage.

Plus intéressant: le Tribunal de grande instance de Paris a admis l'autonomie de cette clause compromissoire en disant qu'il y avait arbitrage et que tout le litige devait être fourni aux arbitres. Un contredit est formé et c'est l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui infirme la décision. Il avait été indiqué qu'ici l'indivisibilité née de l'ensemble des contrats commandait d'effacer l'application de la clause d'arbitrage pour reconnaître l'entière compétence du Tribunal de commerce.

Deuxième exemple en matière internationale: c'est un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 février 1987 ⁽²⁾. A l'occasion

d'opérations de transports maritimes, une société avait assigné son cocontractant devant le Tribunal de commerce, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage. Parallèlement, elle avait attiré devant le Tribunal de commerce de Paris en garantie et dans une autre [page "534"](#) instance, deux autres sociétés en vue de procéder à une consolidation judiciaire des deux instances. En considérant qu'il y avait un lien de connexité, le Tribunal de commerce avait fait droit à cette demande et avait admis la réunion des deux instances.

Ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt que je vous indiquais. Il est noté: «A supposer même l'existence d'une indivisibilité, cette circonstance ne saurait mettre en échec une stipulation librement consentie par les parties». C'est à ce propos que la Cour d'appel a donné acte aux deux appelés en garantie de leur accord à participer aux opérations d'arbitrage.

Nous sommes en présence d'une décision qui va introduire une dualité de procédure. Dans le litige principal, la clause compromissoire aura tous ses effets. Les appelés en garantie pouvant volontairement y participer, et ceci a été constaté et reconnu par l'arrêt. Mais parallèlement, ce qui concerne le litige secondaire à l'égard de ceux qui ont été appelés en garantie, le Tribunal de commerce restait compétent.

Il m'apparaît que dans tous les cas, la volonté des parties est indispensable pour procéder à cette consolidation.

Deux autres situations peuvent se présenter dans la pratique judiciaire, ce sont les cas d'intervention forcée pour éluder une procédure d'arbitrage, et les cas d'intervention d'un tiers à l'occasion de l'exécution de la sentence. Je me bornerai à présenter quelques observations sur ces deux cas.

Tout d'abord, l'intervention forcée d'un tiers: le juge étatique est appelé à se prononcer sur ces problèmes et rarement, le Président du Tribunal de grande instance statuant en la forme des référés. Ce ne sont plus des problèmes de constitution de tribunaux arbitraux, mais en général, des questions de compétence. Toutes les affaires citées sont des cas où la Cour d'appel a été saisie sous la forme de contredit. Ce n'est pas indifférent parce que dans un cas, le juge agit en tant que délégué du Président, juge unique et qui se borne à participer à l'assistance technique. Dans l'autre cas, c'est une intervention du juge sur le plan de la compétence et sur le plan d'une discussion dans un conflit de compétence entre les juridictions étatiques et les juridictions arbitrales.

Deuxième observation: de la même façon, le juge étatique m'apparaît privilégier une consolidation en faveur de la procédure arbitrale, dans le cas d'arbitrages internationaux. Je citerai un arrêt tout récent de la Cour d'appel de Paris du 20 avril 1988 ^(*), relatif à un problème de contrat de concession avec cession à un tiers. La Cour déclare: «Considérant que la clause compromissoire intéressant un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application à la partie, même

venant [page "535"](#) partiellement au droit de l'un des contractants à condition que le litige entre dans les prévisions de la convention d'arbitrage». On voit ici l'extension alors que nous sommes en matière d'arbitrage international.

En matière d'arbitrage interne, je pense que la tendance du juge serait au contraire d'appliquer d'une façon beaucoup plus rigoureuse la clause d'arbitrage.

Intervention d'un tiers à l'occasion de l'exécution de la sentence: il y a d'abord tous les cas relatifs aux mesures d'exécution des sentences entre les mains des tiers, mais ces problèmes ne sont pas spécifiques à l'arbitrage, ils concernent tout simplement l'exécution de n'importe quelle décision de justice, même s'ils posent souvent des problèmes d'exécution. Lorsqu'un tribunal arbitral s'oppose à la mise en cause d'un tiers dans les opérations d'arbitrage en considérant que la convention ne lie pas ce tiers ou ne rentre pas dans sa mission, y a-t-il un recours contre sa sentence en matière internationale? En d'autres termes, à l'égard du tiers qui n'a pas été attiré à la procédure, peut-on faire application des dispositions de l'article 1502-1°, ou des dispositions de l'article 1502-3° pouvant admettre le recours contre ce refus? C'est un problème de procédure qui n'est pas facile.

En conclusion, sur cette question de la consolidation judiciaire, il m'apparaît que le rôle de la volonté des parties est essentiel. L'office du juge est très nuancé, peut-être un peu différent en matière d'arbitrage interne ou international. Si, dans la justice étatique, la consolidation de plusieurs instances ne pose pas ou plutôt pose peu de problèmes, car la détermination du tribunal et la désignation des juges relèvent exclusivement des règles de procédure imposées par la loi ou des principes d'administration judiciaire, exclusive de toute volonté des parties, il me semble qu'en matière d'arbitrage et en l'absence de toute solution législative, toute consolidation judiciaire doit d'abord prendre en compte la volonté des parties car les arbitres tiennent leur investiture de cette même volonté.

M. OPPETIT:

Votre expérience judiciaire n'infirme pas la ligne générale des interventions que nous avons entendues jusqu'à présent. En tout domaine, en effet, quelle que soit la voie que cherche à prendre le désir d'unification du contentieux, on se heurte toujours au primat de la volonté des parties, ce qui cantonne les initiatives dans des limites assez strictes. Alors, c'est peut-être la raison qui a conduit, à l'étranger, certains pays à prendre l'initiative de réformes législatives destinées à provoquer une extension de l'office du juge. A cet égard, les Pays-Bas jouent le rôle d'un pays pilote, puisqu'une loi importante a sur ce point conféré à l'autorité judiciaire un pouvoir précis aux fins de provoquer la consolidation.

M. A.J. VAN DEN BERG:

Tout d'abord, il convient d'indiquer que la loi hollandaise sur l'arbitrage a été profondément changée en [page "536"](#) 1986.

Cette année-là, la loi de 1883 – qui était à peu près une copie de l'ancienne loi française – a été remplacée par une loi tout à fait nouvelle. Cette loi, qui contient 56 articles et qui est insérée dans le Code de procédure civile (articles 1020-1076)^(*), s'applique à la fois à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international aux Pays-Bas. Le législateur néerlandais n'a pas estimé nécessaire de faire une distinction entre ces deux types d'arbitrage puisque les dispositions de la nouvelle loi sont très libérales. La loi de 1986 contient également des innovations juridiques qui, le plus souvent, favorisent l'arbitrage. Les dispositions concernant la position des tiers à l'arbitrage en est un exemple.

L'on peut distinguer quatre cas différents dans lesquels un tiers pourrait être impliqué dans un arbitrage:

Premier cas: Un tiers souhaite se joindre à une procédure arbitrale pour soutenir la position de la demanderesse ou de la défenderesse. Il s'agit ici de ce que l'on appelle *la jonction d'un tiers*.

Deuxième cas: Un tiers souhaite intervenir dans une procédure arbitrale en vue de sauvegarder ses droits propres. Cela est appelé *l'intervention*.

Troisième cas: La demanderesse ou la défenderesse souhaite que le tiers se joigne à l'arbitrage aux fins de garantie. C'est *l'appel en garantie*.

Quatrième cas: La demanderesse ou la défenderesse souhaite que son arbitrage soit joint à un autre arbitrage, en considérant que les objets de ces deux arbitrages sont connexes. L'une ou les deux parties au second arbitrage ne peuvent être les mêmes que celles du premier arbitrage, ce qui signifie que, selon le cas, l'une ou les deux parties au second arbitrage sont des tiers à l'égard du premier. On est ici en présence d'une *jonction de procédures arbitrales* ou *consolidation*.

Dispositions de la loi nouvelle

Les quatre cas que je viens de mentionner sont réglés dans la nouvelle loi néerlandaise. La jonction, l'intervention, et l'appel en garantie font l'objet de l'article 1045. La consolidation se trouve dans un article assez long, l'article 1046⁽¹⁾.

Je propose de traiter les quatre cas, tels qu'envisagés par la loi néerlandaise, sous deux angles. A cette fin, il convient d'examiner tout d'abord la question fondamentale pour un tiers impliqué dans l'arbitrage – c'est-à-dire celle relative à la convention d'arbitrage.

[page "537"](#) Ensuite, il faudra se consacrer à la procédure à suivre dans ces quatre hypothèses.

La convention d'arbitrage

Comme c'est le cas dans nombre de pays, l'arbitrage aux Pays-Bas n'est possible que sur la base d'une convention d'arbitrage. Conformément à ce principe fondamental, un tiers peut être autorisé

à participer à un arbitrage dans les trois premiers cas – c'est-à-dire la jonction, l'intervention, et l'appel en garantie – à condition qu'il adhère à la convention d'arbitrage qui lie les parties. Ainsi le troisième paragraphe de l'article 1045 prévoit que:

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

Si l'une des parties ne souscrit pas à cette convention, le tiers ne peut pas devenir partie à la procédure arbitrale. Vous ne serez pas surpris d'apprendre que dans la pratique il est rare qu'une partie consente à une telle convention lorsque, au cours d'une procédure arbitrale, un tiers demande à s'y joindre ou à y intervenir. Il en est de même pour le tiers qui est appelé en garantie.

Néanmoins, l'intérêt pratique de la disposition susmentionnée se situe sur le plan des règlements d'arbitrage. Un règlement peut stipuler que si l'une des parties à un arbitrage tombant sous ce règlement est liée par une convention d'arbitrage avec un tiers faisant également référence à ce règlement, la convention écrite visée au troisième paragraphe de l'article 1045 est censée avoir été conclue. Une telle disposition est prévue dans le règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage en matière de construction aux Pays-Bas. Par exemple, le contrat entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur ainsi que le contrat entre cet entrepreneur et le sous-traitant contiennent une clause compromissoire renvoyant au Règlement de l'Institut. Le sous-traitant peut demander au tribunal arbitral de se joindre ou d'intervenir dans l'arbitrage entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur sans pour autant avoir besoin de conclure une convention écrite avec le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur telle qu'elle est prévue au troisième paragraphe de l'article 1045. Cette convention est, en effet, déjà insérée dans le Règlement d'arbitrage auquel la convention d'arbitrage entre le sous-traitant et l'entrepreneur ainsi que la convention d'arbitrage entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur font référence. Il en est de même si l'entrepreneur ou le maître de l'ouvrage appelle le sous-traitant en garantie.

La question de la convention d'arbitrage devient plus délicate dans le cas de consolidation de procédures arbitrales. Comme je le verrai plus loin, l'article 1046 prévoit qu'une partie peut demander au Président du Tribunal de première instance d'Amsterdam d'ordonner

page "538" la jonction des procédures si l'objet de l'arbitrage auquel elle est partie est connexe à l'objet d'un autre arbitrage. Une telle jonction ordonnée par un juge, ne serait-elle pas contraire à la convention d'arbitrage conclue entre les deux parties? Pour le législateur néerlandais, si deux parties conviennent de soumettre leurs différends à l'arbitrage, une telle convention est censée contenir la possibilité d'une jonction judiciaire avec un autre arbitrage, telle que prévue par la loi. Il faut admettre que cette position s'apparente plutôt à une fiction juridique. Le législateur néerlandais a hésité: l'amendement qu'il a apporté au texte de

l'article 1046 au cours de la procédure législative en est le témoin. Dans le texte final adopté par le Parlement, il est prévu que les parties ont la liberté d'exclure par convention la jonction des procédures arbitrales par le Président du Tribunal. C'est le sens de la disposition: «à moins que les parties n'en soient convenues autrement». Une telle exclusion doit être suivie d'effet dès que l'une des conventions d'arbitrage contient un accord excluant la jonction. L'exclusion peut également être insérée dans un règlement d'arbitrage. La proposition précitée permet bien entendu aussi de régler la jonction des procédures arbitrales sur le plan purement contractuel – par exemple dans un règlement d'arbitrage – à l'exclusion de toute intervention judiciaire.

La jonction des procédures arbitrales par le Président du Tribunal est aussi limitée dans un autre sens. Elle n'est pas possible quand le lieu de l'arbitrage se situe en dehors des Pays-Bas. Une jonction ne peut être ordonnée qu'au cas où les deux tribunaux arbitraux siègent aux Pays-Bas. Les hypothèses dans lesquelles un arbitrage international dont le lieu est situé en Hollande tombe sous la portée de la jonction prévue par l'article 1046, seront donc assez rares puisqu'il est exceptionnel que le lieu de deux arbitrages internationaux dont les objets sont connexes, se trouve dans un même pays.

Procédure

a) Jonction d'un tiers, intervention et appel en garantie

Un tiers qui souhaite se joindre, ou intervenir dans une procédure arbitrale doit, selon le texte du premier paragraphe de l'article 1045, présenter une demande écrite au tribunal arbitral, indiquant qu'il a «un intérêt quelconque» dans l'arbitrage. Le tribunal est obligé d'envoyer dans le plus bref délai une copie de la demande aux parties.

La demanderesse ou la défenderesse peut, d'après le texte du deuxième paragraphe de l'article 1045, appeler un tiers en garantie. Elle doit envoyer une copie de l'appel en garantie au tribunal arbitral et à la partie adverse. Ensuite, le tribunal entendra les parties. Bien que le texte de la loi ne mentionne pas le tiers, il est généralement admis qu'il doit également être entendu par le tribunal arbitral. Le tribunal arbitral ne peut autoriser la jonction, l'intervention [page "539"](#) ou l'appel en garantie que si le tiers a adhéré à la convention d'arbitrage par une convention écrite avec les parties. Pour le reste, le tribunal arbitral a un pouvoir discrétionnaire.

Dans une espèce récente, tranchée par un arbitre agissant sous l'égide de l'Institut néerlandais de l'arbitrage, l'arbitre a refusé l'appel en garantie d'un tiers par la défenderesse au motif que la défenderesse n'avait pas allégué qu'elle ne pouvait pas sauvegarder ses droits vis-à-vis de la demanderesse sans la procédure en garantie. L'arbitre a ajouté que le seul intérêt de la défenderesse de voir déterminer ses droits envers le tiers dans la procédure en garantie, ne justifiait pas le retard causé par cette procédure au

détriment de la demanderesse (sentence arbitrale du 17 décembre 1987, publiée dans *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1988/1, p. 16).

La loi prévoit encore que par l'admission de la jonction, l'intervention ou l'appel en garantie, le tiers devient partie à la procédure arbitrale. Elle ajoute que les parties – il faut entendre à ce stade aussi bien les parties d'origine que le tiers en cause – peuvent convenir des modalités selon lesquelles la procédure sera poursuivie. Sinon, c'est au tribunal arbitral de les déterminer.

b) La jonction de procédures arbitrales

L'article 1046 contient des dispositions détaillées relatives à la procédure concernant la consolidation. La partie requérante doit soumettre la demande relative à la jonction des procédures au Président du Tribunal de première instance d'Amsterdam. Dans cette demande, elle doit indiquer que les objets des procédures sont connexes. Ensuite, le Président donnera à toutes les parties et aux arbitres l'occasion d'être entendus. Si le Président accepte la demande, il peut ordonner une jonction totale ou une jonction partielle. Si le Président ordonne *une jonction totale*, les parties doivent d'abord tenter – dans un délai imparti par le Président – de s'accorder sur le choix des arbitres et sur les règles de procédure applicables à l'arbitrage conjoint. Cette tentative a été prévue par la loi dans le souci de laisser aux parties une liberté contractuelle aussi large que possible. Pourtant, si les parties ne sont pas en mesure de se mettre d'accord dans le délai fixé par le Président, la partie la plus diligente peut lui demander de désigner les arbitres et de déterminer, si nécessaire, les règles de procédure applicables à l'arbitrage conjoint. Avec une précision admirable, la loi ajoute que le Président fixe également la rémunération des activités déjà accomplies par les arbitres qui, en conséquence de la jonction totale, sont relevés de leur mission.

Si le Président ordonne *une jonction partielle*, il doit d'abord déterminer quels différends y sont inclus. Ensuite, comme c'est le cas pour la jonction totale, les parties doivent se mettre d'accord sur le choix des arbitres et les règles de procédure applicables à l'arbitrage conjoint dans le délai prescrit par le Président. A défaut d'un [page "540"](#) tel accord, le Président peut, à la demande de la partie la plus diligente, désigner les arbitres et déterminer les règles de procédure.

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

Il faut encore observer que la décision du Président du Tribunal relativement à la jonction de procédures arbitrales n'est pas susceptible d'appel.

M. SALANS:

Le droit américain, relatif à la consolidation des instances arbitrales ainsi que la pratique en la matière est loin d'être uniforme aux Etats-Unis. Il faut chercher dans le droit de chacun des cinquante Etats et dans la jurisprudence de chaque tribunal fédéral pour savoir si la consolidation est admise ou pas.

Aux Etats-Unis, la consolidation des instances arbitrales est parfois prévue par la législation et parfois, elle est ordonnée par les tribunaux, même en l'absence de texte.

Au niveau fédéral, aucune législation ne prévoit la consolidation des arbitrages. Malgré cela, certains tribunaux fédéraux ordonnent la consolidation, d'autres en rejettent la notion. Par contre, le Règlement d'arbitrage de l'American Arbitration Association, l'A.A.A., ne prévoit pas de consolidation d'arbitrage et, en l'absence de consentement de toutes les parties concernées, la pratique de l'A.A.A. est de ne pas l'imposer. J'essaierai d'examiner chacun de ces aspects du droit et de la pratique aux Etats-Unis.

D'abord, sur le plan législatif, certains Etats américains, notamment la Californie et le Massachusetts ont adopté une législation permettant aux tribunaux d'ordonner la consolidation d'instances arbitrales, indépendamment de la demande d'une des parties. Par exemple, la législation californienne prévoit que certaines conditions doivent être remplies pour que la consolidation ait lieu. D'abord, des conventions ou des procédures d'arbitrage distinctes doivent exister entre les mêmes parties, ou, autre hypothèse, une des parties à un arbitrage est aussi liée par une clause compromissoire avec une tierce partie.

Deuxièmement, les différends doivent tirer leur origine des mêmes contrats ou d'une série de contrats connexes.

Troisièmement, les litiges doivent avoir en commun un ou plusieurs points de droit ou de fait sur la base desquels des arbitres statuant séparément pourraient rendre des décisions contradictoires.

page "541"

La question se pose de savoir, dans les Etats où existe une législation permettant la consolidation, si les parties sont toujours libres de rejeter la consolidation par une clause expresse l'interdisant dans leur contrat. Un tribunal californien a décidé que malgré la présence, dans un des contrats litigieux, d'une clause interdisant la consolidation sans le consentement de toutes les parties concernées, il avait le pouvoir de l'ordonner, étant donné les dangers présentés par deux procédures arbitrales séparées qui pourraient conduire à des résultats contradictoires.

Sur le plan de la jurisprudence aux Etats-Unis, même en l'absence d'une législation fédérale, certains tribunaux fédéraux ont décidé, notamment en matière de construction ou de transport maritime, d'ordonner la consolidation des instances arbitrales indépendamment de la demande d'une des parties. C'est le cas à New York où la Cour d'appel fédérale du 2^e circuit du pays comprenant New York, le Connecticut et le Vermont, a décidé que les intérêts de la justice qui étaient d'éviter des décisions arbitrales conflictuelles et de promouvoir l'économie et l'efficacité de la procédure arbitrale, l'emportaient sur l'intérêt de faire respecter la volonté des parties quand il s'agit de litiges nés des mêmes transactions ou d'une série de transactions connexes. Par exemple, dans une espèce, il existait un contrat entre un armateur propriétaire d'un navire et son client; le contrat contenait une clause d'arbitrage. Un deuxième contrat entre l'armateur et un tiers garantissait l'exécution des obligations du client. Le deuxième contrat ne contenait pas de clause compromissoire. L'armateur a commencé deux arbitrages, l'un contre son client et l'autre contre le garant, et a demandé au Tribunal fédéral d'ordonner la consolidation des deux procédures. Le tribunal, prenant en compte la connexité des deux contrats et des deux litiges, a ordonné la consolidation des deux instances, malgré le fait qu'il n'y avait pas de clause d'arbitrage dans le deuxième contrat, et a permis à chacune des trois parties de nommer un arbitre, deux arbitres neutres étant nommés selon une procédure établie par le tribunal.

D'autres tribunaux fédéraux, en Pennsylvanie, dans le New Jersey, le Delaware et la Virginie, ainsi que la Caroline du Sud et la Caroline du Nord, sont arrivés au même résultat, c'est-à-dire à la consolidation des instances arbitrales par une autre voie. Ces tribunaux ont donné une interprétation très large aux clauses compromissoires, afin de trouver une volonté implicite des parties de vouloir consolider leurs arbitrages. Un tribunal a interprété une clause compromissoire soumettant à l'arbitrage tout litige découlant ou connexe au contrat litigieux «comme étant un consentement implicite des parties à la consolidation de leurs arbitrages distincts». Cette décision était fondée sur le fait que cette clause, qui se trouvait dans les deux contrats entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, et le contrat entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant, ne parlait pas de tout litige entre les parties au contrat, mais plutôt de tout litige découlant ou connexe au contrat litigieux. [page "542"](#)

En revanche, les Cours d'appel fédérales du 9^e circuit des Etats-Unis comprenant la Californie, l'Arizona, l'Orégon, l'Etat de Washington, l'Alaska, et le 5^e circuit avec le Texas, la Louisiane et le Mississippi, ont toutes deux décidé qu'en l'absence de consentement exprès des parties, les tribunaux ne pouvaient pas ordonner la consolidation. Ces tribunaux n'étaient pas convaincus du bien-fondé de l'argument d'efficacité et d'économie adopté par d'autres tribunaux américains.

M. GAILLARD:

La question que je voudrais aborder porte sur l'exécution dans un pays tiers des sentences arbitrales rendues après consolidation autoritaire (par le juge ou par l'arbitre). Ainsi, pour que la question se pose, il faut qu'un certain nombre de conditions soient remplies: d'abord que dans le pays d'origine, il y ait eu une consolidation autoritaire; concrètement, il s'agira de Hong Kong, des Etats-Unis ou des Pays-Bas. S'il s'agit d'une consolidation volontaire ou prévue par un mécanisme par les parties, la question n'aura pas d'intérêt et il n'y aura pas de difficultés au stade de l'exequatur. Il n'y aura naturellement pas de difficultés non plus en cas d'acquiescement des parties lors de l'ordonnance de consolidation.

Supposons que les parties aient réservé leurs droits dans l'Etat d'origine et que l'exequatur soit demandé dans un autre Etat. On trouve ici la deuxième condition pour qu'un problème se pose, car dans l'Etat d'origine les juridictions vont reconnaître la décision de consolidation et donc exécuter la sentence rendue après consolidation. Cette question est relativement limitée, mais elle est très intéressante à mon sens et elle a déjà donné lieu à controverse. Elle se pose en deux temps. Les auteurs ont examiné la première difficulté, mais n'ont pas envisagé la seconde que j'examinerai ensuite.

La première difficulté, c'est le jeu de la Convention de New York. Tout le monde songe à plusieurs dispositions, mais spécialement à l'article V § 1, d) selon lequel l'exequatur peut être refusé quand la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'est pas conforme à la convention des parties. Ne peut-on pas dire que cette consolidation par hypothèse autoritaire, méconnaît la volonté des parties et fait que la sentence rendue après consolidation n'est pas rendue conformément à la volonté des parties? C'est ici que la controverse est née entre des auteurs qui proposent tous des distinctions différentes.

La première forme de distinction est une distinction faite essentiellement par M. Jarvin entre les cas dans lesquels les parties ont expressément ou par référence à un règlement d'arbitrage, choisi le mode de désignation des arbitres. Quand les parties ont simplement fait référence au règlement C.C.I., sauf accord ultérieur de leur part, toute consolidation autoritaire serait une méconnaissance de la convention d'arbitrage et donc contreviendrait à la Convention de New York. Cela serait vrai même si les parties ont choisi expressément [page "543"](#) un siège de l'arbitrage dans un Etat qui permet la consolidation.

A mon avis, cette thèse n'emporte pas la conviction car lorsque les parties ont choisi non seulement de déterminer le mode de désignation des arbitres, mais aussi le siège de l'arbitrage dans un pays qui connaît la consolidation (par exemple, clause d'arbitrage C.C.I. et siège aux Pays-Bas), elles ont volontairement soumis leur arbitrage à la procédure néerlandaise et elles ne peuvent pas ensuite, au stade de l'exequatur dans un autre Etat, se prévaloir de

la méconnaissance de la convention pour s'opposer à l'exécution de la sentence rendue après consolidation.

Sur ce point, je suis M. van den Berg qui est l'autre protagoniste de cette controverse doctrinale naissante, mais je ne le suis pas totalement non plus car il fait du choix du siège le seul critère pertinent. Pour M. van den Berg, dès lors que le siège de l'arbitrage est fixé dans un pays qui connaît la consolidation, il y a une acceptation implicite de la procédure de consolidation et par conséquent, il ne peut plus y avoir de résistance à l'exequatur ultérieurement sur le fondement de la Convention de New York. C'est une thèse qui n'emporte que partiellement la conviction. Elle emporte la conviction quand le choix a été opéré par les parties: les parties ont choisi comme siège les Pays-Bas, alors elles encourent le risque de la consolidation et ils ne peuvent pas ensuite dire que c'est contrairement à leur volonté que la consolidation a été prononcée pour résister ensuite à l'exequatur.

Mais dans une deuxième situation, je ne suis plus M. van den Berg; les parties n'ont pas choisi le siège de l'arbitrage; c'est l'institution d'arbitrage qui l'a choisi pour elles. Dans ce cas, nous dit M. van den Berg, le choix de la C.C.I. est fait aux lieu et place des parties et, en ne disant rien dans une clause d'arbitrage C.C.I., les parties ont donné à la C.C.I. la possibilité de choisir le siège et donc, ne peuvent pas se plaindre lorsque la consolidation a été prononcée. La thèse est certes intéressante, mais je ne suis pas convaincu qu'elle doive être finalement adoptée car, même si le choix du lieu de l'arbitrage opéré par les parties emporte le même résultat que celui d'un tiers pour les voies de recours notamment, je ne crois pas que ce choix vaille renonciation à l'effet relatif de la clause compromissoire qui, par définition, sera bousculé par le juge étatique s'il prononce la consolidation. J'en veux pour preuve la différence qui existe entre le choix opéré par les parties et le choix opéré par l'institution arbitrale. Les parties peuvent choisir les Pays-Bas, mais exclure volontairement la possibilité de consolidation; or, la Cour d'arbitrage de la C.C.I. ou n'importe quelle institution qui choisit le siège aux lieu et place des parties, ou le tribunal arbitral lui-même, n'a pas la possibilité d'exclure la faculté de consolidation. La C.C.I. ne peut pas décider que le siège se tiendra aux Pays-Bas, mais qu'il n'y aura pas de consolidation. Dès lors qu'elle fixe le siège aux Pays-Bas, la consolidation s'imposera par l'effet de la loi.

page "544"

Par conséquent, on ne peut pas y voir une acceptation tacite de la part des parties. Je dirai donc que lorsque les parties, en récusant le premier critère proposé par M. Jarvin, ont choisi elles-mêmes de fixer le siège de l'arbitrage dans un pays qui permet la consolidation, elles ne peuvent pas ensuite s'opposer à l'exequatur sur le fondement de l'article 5 de la Convention de New York. En revanche, quand elles n'ont rien dit ou quand elles ont choisi un autre lieu, la consolidation heurte suffisamment leur volonté initiale quant à l'étendue du pouvoir du juge et des arbitres pour qu'on puisse dire que la sentence rendue après consolidation ne l'a pas été conformément à leur volonté. Dans ce cas, une sentence rendue

après consolidation directement ou par la fixation du siège dans un pays qui connaît la consolidation, ne bénéficierait pas de la Convention de New York.

Cela ne veut pas dire que cette sentence ne pourrait pas être exécutée car il y a un deuxième problème qu'il faut examiner et qui, à ma connaissance, ne l'a pas été: c'est celui de l'exécution, non pas de la sentence arbitrale, mais de la *décision* prononçant la consolidation. En effet, nous avons ici deux décisions: la sentence arbitrale dont on peut se demander si elle doit être exécutée à l'étranger, mais aussi le *jugement* du tribunal étatique qui prononce la consolidation et dont on peut se demander s'il doit être reconnu et exécuté à l'étranger en fonction d'autres critères. Naturellement, la Convention de New York est silencieuse sur ce point, car c'est le droit de chaque Etat qui dira à quelles conditions il doit reconnaître l'effet de cette décision étrangère. La Convention de Bruxelles ne dit rien non plus; on retombe donc dans le droit commun.

Explorons alors le droit commun en France. Soit une décision de consolidation par le Tribunal d'Amsterdam, quid de la reconnaissance de cette décision en France? Selon les conditions d'exequatur du droit commun, deux questions délicates se poseront: celle de la compétence du juge qui a prononcé la consolidation, et celle du respect de la loi applicable.

Compétence du juge: je crois qu'il est admis, dans l'ensemble du droit international et en droit comparé, que le juge du siège de l'arbitrage a compétence pour prononcer ce type de décision.

D'autre part, lorsque les parties n'ont pas expressément choisi une autre loi et sont restées silencieuses sur la loi applicable à la procédure, le juge français devrait dire que la loi applicable à la procédure est la loi du siège de l'arbitrage et il ne pourrait donc pas s'opposer à l'exécution de la décision de consolidation rendue par le tribunal néerlandais.

Le jeu de la Convention de New York pose donc des problèmes. Dans le cas précité, seules la volonté des parties ou la fixation volontaire du siège par les parties permettent de les résoudre. Mais il existe d'autres voies pour la reconnaissance de la consolidation *page "545"* judiciaire étrangère: c'est de faire reconnaître d'abord la validité de la décision étatique qui a prononcé la consolidation.

C'est une question qui se pose surtout à la fin de l'arbitrage; elle surgira parfois en son début, car dans tous les systèmes permettant une consolidation autoritaire, l'un des critères de cette consolidation réside dans la balance des intérêts, avantages et inconvénients du système.

Aux Etats-Unis, on parle expressément de balance des intérêts, avantages et inconvénients avant de prononcer la consolidation. Dans les autres pays, on dit simplement que le juge a une possibilité discrétionnaire d'apprécier si la consolidation s'impose ou non, mais il adoptera le même type de démarche intellectuelle. Parmi les

inconvenients, figurent certainement les risques qui peuvent peser sur l'exécution de la décision. On ne doit donc pas attendre la fin du processus arbitral pour tenir ce type de raisonnement et si l'on est suffisamment informé sur le lieu d'exécution probable de la sentence, compte tenu de la localisation des biens des parties intéressées, on peut, dès le début, montrer au juge tenté par la consolidation que cette consolidation pourra aboutir à une sentence qui aura du mal à être reconnue à l'étranger et finalement, lui faire abandonner, par l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, sa velléité de prononcer la consolidation.

M. OUAKRAT:

Ma question s'adresse à Emmanuel Gaillard, à propos de la distinction qu'il a faite entre l'exequatur de la décision de consolidation et celui de la sentence arbitrale faisant suite à cette décision. Si j'ai bien compris son analyse, l'exequatur du jugement ordonnant la consolidation permettrait l'exequatur de la sentence. C'est là que j'aurai quelques doutes pour les raisons suivantes: en effet, on va pouvoir obtenir l'exequatur ou plutôt la reconnaissance de la décision de consolidation, si celle-ci est intervenue dans le pays du lieu de l'arbitrage. Admettons qu'on obtienne cette reconnaissance en France. Que va-t-elle apporter? Il restera à faire exequaturer la sentence en fonction des critères, soit de la Convention de New York, soit du droit français de l'arbitrage. Il va falloir faire juger que le tribunal arbitral a été régulièrement constitué; or le juge français, quand il a ordonné la reconnaissance de la décision de consolidation, ne s'est pas prononcé sur ce point. Il n'a pas dit: «Le juge français considère que cette consolidation est valable selon ses critères nationaux pour admettre l'exequatur de la sentence». Je ne suis donc pas certain que l'exequatur du jugement ordonnant la consolidation soit susceptible d'aboutir à l'exequatur de la sentence en France.

M. GAILLARD:

Ici, on doit imaginer ce que serait la jurisprudence car la question ne s'est même pas posée. Je ne prétends pas donner une solution, mais je pense que si l'on fait admettre par l'ordre juridique d'accueil la décision étrangère qui a prononcé la consolidation, cet ordre juridique ne peut pas ensuite se contredire *page "546"* en refusant toute efficacité à la décision de consolidation et à la sentence qui en est la suite. Cela étant, je suis tout à fait sensible à votre objection. C'est une question extrêmement délicate dont la théorie n'a pas encore été faite. Il faut proposer à Pierre Mayer de la faire, car c'est lui qui a la pensée la plus proche de ce type de réflexion. La question se pose dans les mêmes termes quand on se demande si une sentence annulée dans l'Etat d'origine peut recevoir un effet dans un Etat tiers. On se trouve en présence d'une dualité de décisions au sens où Pierre Mayer l'entend: une reconnaissance de la décision d'annulation étatique et une reconnaissance éventuelle de la sentence, même annulée. Il faut se préoccuper de la reconnaissance de ces deux décisions et pas seulement de l'une d'entre elles.

M. ROBERT:

Mes propos sont surtout ceux de la faisabilité. M. le Président Bellet a rappelé qu'au temps où nous animions à Varsovie une réunion intermédiaire de l'I.C.C.A. en 1980, j'avais jeté un certain nombre de bases de ce que pouvaient être les clauses d'arbitrage multipartite. Nous avons, sur ma suggestion, pris une première orientation, à savoir qu'il faudrait que ce soit à l'intérieur d'un projet unique. Concernant le principe de la connexité, j'avais souhaité, mais je n'en suis plus sûr aujourd'hui, que le tribunal arbitral fût désigné par une autorité et non plus par les parties.

La Chambre de commerce internationale, ainsi que l'a rappelé M e Delvolvé tout à l'heure, travaille depuis maintenant cinq ou six ans à la recherche d'une clause d'arbitrage multipartite. Pratiquement, on peut le dire aujourd'hui et M e Delvolvé me pardonnera, nous allons vers une impasse. Nous y allons essentiellement parce que la réaction personnelle d'un certain nombre des parties et singulièrement du maître de l'ouvrage en matière de travaux publics ou de l'affréteur en matière maritime, consiste à ne vouloir connaître que le jalon suivant immédiatement: l'entrepreneur général ou l'affréteur. Pour ce qui est du chargeur ou du sous-traitant, on estime que les prendre en considération représente une complication et que cela pourrait ajouter des charges nouvelles sur la tête du maître de l'ouvrage ou de l'armateur. Par conséquent, je crois que toutes les clauses de cette nature sont vouées à l'échec pour des raisons purement psychologiques.

C'est vers la voie de la consolidation qu'il faut s'orienter. Tout à l'heure, M me Rubellin-Devichi demandait une consolidation timide. Je ne sais pas encore si c'est celle-là qui doit être faite, mais je pense en effet qu'il faut une consolidation. Je la vois cependant sous deux formes possibles: soit organisée au sein d'un organisme d'arbitrage, soit prévue par la loi. On peut imaginer une clause d'un règlement d'arbitrage aux termes de laquelle, dans un arbitrage qui a déjà commencé et où l'une des parties estime qu'une consolidation serait souhaitable, il est indiqué dans quelles conditions la Cour d'arbitrage organisera la consolidation. Le litige étant né, les parties mesurent exactement quels sont à la fois leurs droits et leurs risques. [page "547"](#) L'instant est donc psychologiquement favorable à une consolidation sinon, je crois qu'il faut laisser tomber toute possibilité de consolidation, au moins par le biais d'un organisme d'arbitrage.

Reste la consolidation légale. M. van den Berg vient de nous décrire le système prévu aujourd'hui par la loi néerlandaise. J'admire beaucoup ce texte, il touche à mon avis presque à la perfection dans son genre, mais je ne suis pas sûr de la manière dont il sera accueilli. Il faut l'observer et si j'ai une suggestion à faire ici, c'est: «*Wait and see*». Regardons comment les choses vont tourner et comment nos amis néerlandais vont se débrouiller, comment les parties vont accueillir et exécuter les décisions de consolidation.

Alors, nous verrons si, à notre tour, nous pouvons rechercher un texte proche de celui-là.

M. BELLET:

La question est de savoir si une réforme est nécessaire et utile et, dans l'affirmative, laquelle. Mon premier mouvement, c'est de remarquer qu'il faut beaucoup plus de prudence qu'on le croyait au début; l'évolution des choses m'a conduit à penser, d'une part que l'arbitrage multipartite présente beaucoup d'inconvénients, notamment son coût et ses lenteurs.

D'autre part, il convient d'être prudent car le monde des affaires n'a jamais été demandeur en l'espèce. A l' *International Law Association* à Paris, des spécialistes ont confirmé que les milieux d'affaires ne désiraient pas une réforme sur ce point.

Autre raison de se montrer prudent: les lois nouvelles comme celles de France ou de Suisse, n'évoquent pas la question de la consolidation, et il en va de même pour la loi-modèle C.N.U.D.C.I.

Enfin, les Règlements de la C.C.I., de l' *American Arbitration Association*, le Règlement euro-arabe sont également silencieux sur ce point.

Aux Etats-Unis, on constate un certain vent de liberté et d'imagination judiciaire, parfois excessif, et l'on s'aperçoit qu'il se dessine un mouvement d'action et de réaction. Au fur et à mesure qu'on vote des lois pour permettre la consolidation, d'autres s'y opposent et notamment l' *American Association of Architects* qui a imposé une clause prohibant la consolidation sauf volonté expresse des parties. Hong Kong prend la même voie réactionnaire.

Quant à l'exemple hollandais: combien de cas d'application y a-t-il eu et quel a été le résultat? Je suis déçu par l'exploration du droit comparé et je me demande ce que l'on doit faire en France. Je pense qu'un certain nombre de conditions générales préalables à toute loi nouvelle doivent exister et je répéterai ce qu'a si bien dit M me Rubellin-Devichi: une toute petite loi! C'est ce que j'ai toujours demandé.

D'autre part, il ne faut pas porter atteinte aux principes fondamentaux de l'arbitrage, à l'autonomie de la volonté et à la relativité [page "548"](#) des contrats et des sentences, parce qu'on ne peut pas sacrifier à deux genres à la fois et servir deux maîtres à la fois.

Enfin, il ne faut pas que sous prétexte d'amélioration, nous développons un contentieux dilatoire qui emportera le bien qui pourrait résulter d'une réforme.

Il existe trois directions possibles: peut-on envisager une consolidation au début de l'arbitrage, sur le fondement de l'article 1444 du Code de procédure civile? Ensuite, à l'issue de l'arbitrage, peut-on proposer quelque chose pour, déterminer si la consolidation

peut encore avoir lieu? Troisièmement, une solution intermédiaire et qui aurait ma préférence consisterait à se demander si, en cours d'arbitrage, on peut faire quelque chose.

A propos de l'article 1444 – disposition excellente et remarquablement interprétée par les magistrats qui l'ont appliquée – je ne crois pas qu'il faille tirer davantage sur cette corde parce qu'on la ferait casser et on n'aurait plus alors d'arbitrage, mais une ingérence étatique.

Sur l'intervention des tribunaux après coup, il y a trois articles auxquels on peut songer. N'est-il pas possible d'appliquer un article qui paraît tout indiqué, mais dont personne n'a parlé: l'article 1481 N.C.P.C. relatif à la tierce opposition. Elle est faite par principe pour résoudre le problème que nous nous sommes posé depuis dix ans maintenant. Elle n'a aucun rapport avec la tierce opposition des anciens textes. Je suppose que ce texte subit le sort de l'article 1046 hollandais, à savoir que c'est un beau texte, mais qui n'est jamais appliqué.

Autre article sur lequel on pourrait se fonder: l'article 618 N.C.P.C. relatif à la contrariété de décisions. Quand deux décisions arbitrales sont contradictoires, ne peut-on pas après coup appliquer, en l'adaptant, l'article 618 pour annuler une ou deux décisions comme contradictoires ou ne conserver que la seconde, comme c'est le principe en matière de jugement? Enfin, on peut songer à l'article 1485: ne peut-on utiliser cet article fait pour l'arbitrage interne, mais qu'on pourrait transposer à l'arbitrage international, et ne peut-on imaginer un prétexte qui permettrait, au vu d'un recours et d'une annulation préalable, d'évoquer en consolidant au niveau supérieur?

Je crois que les solutions les meilleures seraient quelque chose d'intermédiaire dans le genre des «petites réformes» que propose M me Rubellin-Devichi et ce serait l'intervention volontaire, mais qui se distingue de l'intervention forcée qui est très exactement la consolidation dont nous ne voulons pas.

La *London Court of Arbitration* a adopté l'intervention volontaire et la loi hollandaise l'admet aussi. Autre texte que personne n'a invoqué: l'article 11 des garanties uniformes de la C.C.I., qui [page "549"](#) prévoit expressément l'intervention volontaire d'une des parties en matière de garantie. Je pense que l'intervention volontaire devrait pouvoir être proposée au législateur.

Enfin, une proposition faite par M. Level: ne peut-on s'adresser aux tribunaux dans le cadre que l'on voudra pour imposer un ordre chronologique à ces différents arbitrages? Certains règlements le prévoient. C'est un moyen timide, limité, sans grand inconvénient, mais de beaucoup d'importance parce que ce qui vient d'être jugé pèsera sur la sentence ultérieure. On tombe là dans le problème du préjugé défavorable. Ce serait un autre débat. [page "550"](#)

Conclusion: Une réforme est-elle nécessaire?

par Bruno OPPETIT

Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences sociales de Paris

L'exploration tant du droit substantiel que du droit de l'arbitrage a fait apparaître, dans la recherche d'une solution au problème débattu, les limites consubstantielles à une procédure d'origine purement contractuelle: dès l'instant où les parties n'ont rien prévu, il n'existe pas de moyen procédural permettant d'inclure dans une procédure arbitrale une personne qui n'y est pas partie. C'est ce qu'a parfaitement exprimé la Cour de Paris dans son arrêt du 19

décembre 1986 rendu dans l'affaire *Sofidif*⁽¹⁾: «... en l'absence de contrat-cadre ou de convention multipartite, ... le tribunal arbitral se devait de juger de sa compétence contrat par contrat; en effet, les règles du droit de l'arbitrage, fondées sur le caractère consensuel de la clause compromissoire, ne permettent pas d'étendre à des tiers, étrangers au contrat, les effets de la convention litigieuse: la solution des difficultés nées de la connexité ou de l'indivisibilité ne peut se trouver que sur le plan contractuel»...

Dès lors, devant ce blocage, on est aujourd'hui conduit à se demander s'il ne conviendrait pas d'aborder désormais le problème de front et de s'engager résolument dans la voie d'une réforme législative. Dans cette perspective, deux directions sont concevables:

– la plus ambitieuse, car impliquant un effort de renouvellement de l'ensemble du droit des obligations, consisterait à s'attaquer à la cause essentielle de ce blocage et à remettre [page "551"](#) en cause l'existence même du principe de la relativité des conventions, tout au moins dans son acception traditionnelle;

– la plus spécifique, car destinée à prendre place dans le seul droit de l'arbitrage, résiderait dans l'instauration, *de lege ferenda*, de la technique de la «consolidation».

I

Les civilistes en conviennent: «L'un des problèmes majeurs posés au droit contractuel contemporain est sans conteste celui de la portée du principe de l'effet relatif des conventions, affirmé en des termes immuables par l'article 1165 du Code civil, face à la réalité économique toujours plus forte des ensembles contractuels»⁽²⁾.

Or, sur ce point, le droit civil contemporain donne le spectacle d'une étonnante contradiction: il demeure fidèle à un principe, qui demeure toujours une référence fondamentale en la matière, mais s'efforce en toutes circonstances de le contourner, d'en limiter la portée ou même de le mettre ouvertement en échec au bénéfice de telle ou telle considération particulière: le législateur comme le juge savent alors trouver dans le droit des obligations la *ratio legis* ou la *ratio decidendi* apte à justifier l' *aggiornamento* d'un principe souvent

dépassé par les formes et les besoins de la vie moderne. Doit-on alors se contenter de ce compromis qui s'est instauré au cœur du droit contractuel? ne serait-il pas temps de développer une nouvelle réflexion sur la légitimité et la place d'un principe dont trop d'exemples dénotent l'inadaptation économique?

Le Doyen René Savatier, le premier voici un demi-siècle, avait, dans un article retentissant ⁽³⁾, récusé le principe de relativité en y voyant «le témoin d'une conception purement individualiste du droit des obligations»; il observait, déjà, que «l'article 1165 du Code civil n'a, par lui-même, presque aucun sens utile et qu'il serait singulièrement dangereux et inexact de le prendre au mot», car «on n'arrive à lui déterminer un domaine qu'après des amputations successives qui embrassent, en fait, la plupart des cas où un intérêt sérieux pousse à mêler des tiers aux effets du contrat». *page "552"*

La doctrine contemporaine n'a pas été non plus insensible à cet écart qui s'est établi entre un principe et son interprétation déformante: mais tous les auteurs n'y réagissent pas de la même manière. C'est ainsi que, dans une importante recherche récente, l'un d'eux ⁽⁴⁾ a estimé que le principe portait en lui-même ses nombreuses exceptions et que, grâce à ces dernières qu'il ménage lui-même, «il ploie mais ne rompt pas», si bien que «chaque affirmation d'une exception est réaffirmation du principe»: celui-ci resterait donc le cadre conceptuel dans lequel se développe le raisonnement et conserverait sa primauté, les exceptions ne constituant que des dispositions parcellaires sans aucune vocation à devenir des contre-règles ou à former un nouveau principe. A l'opposé, nombre d'auteurs modernes, sans s'exprimer avec la même force que le Doyen Savatier, admettent que «la pérennité formelle des textes du Titre III du Livre III du Code civil constitue une apparence trompeuse», car «des mutations fondamentales se sont opérées en dehors ou sous l'énoncé formel de la loi», si bien qu'«un décalage s'est opéré entre la forme et le fond»: «la loi écrite est dépassée par le droit vivant», car la théorie générale du contrat a été débordée par un double mouvement impulsé par les lois spéciales et la jurisprudence, comme en témoigne tout particulièrement l'article 1165 C. civ. ⁽⁵⁾. Un tel vieillissement des textes de référence n'est pas en soi un sujet d'étonnement, si l'on veut bien se souvenir que la plupart des articles du Code civil relatifs à la matière des contrats et des obligations sont directement issus des écrits de Domat et de Pothier et remontent donc, dans leur rédaction actuelle, aux XVII^e et XVIII^e siècles; mais il nous incite à considérer que, «fondamentalement, le principe même de l'effet relatif des conventions mériterait d'être repensé et affiné» ⁽⁶⁾, car, entre les parties, les ayants cause et les tiers absolus, tend à s'imposer aujourd'hui avec insistance une catégorie nouvelle: celle des «contractants médiats», très présente dans toutes les figures modernes d'ensembles économiques pluricontractuels ⁽⁷⁾. *page "553"*

C'est à la prise en compte de ces nouveaux phénomènes contractuels et à leur intégration dans le champ d'un nouvel article 1165 que devrait s'attacher une éventuelle refonte de ce titre du Code civil: la tâche serait certes délicate, car on ne saurait en ce domaine passer purement et simplement de l'opposabilité à l'effet obligatoire; mais un réaménagement du principe de relativité et une redéfinition du cercle contractuel seraient sans doute de nature à faciliter la solution du problème étudié.

Il reste que cette voie, en ce qu'elle suppose une décision de remise en cause de principes traditionnels du Droit civil, apparaîtra à beaucoup comme «maximaliste», et que, pour toutes sortes de raisons, théoriques et pratiques, il a pu sembler aujourd'hui préférable, car plus viable, de rechercher un remède plus spécifique sur le seul terrain du droit de l'arbitrage.

//

Les difficultés croissantes rencontrées par les praticiens et les obstacles théoriques auxquels se heurtent les tentatives de solution ont fini, ces dernières années, au cours d'innombrables colloques, symposiums et congrès, par accréditer l'idée que le remède pourrait résider dans la technique dite de la «consolidation», consistant à solliciter d'une autorité extérieure une décision de jonction des diverses procédures engagées. Ici encore, plusieurs voies sont envisageables.

1) La voie la plus radicale prendrait la forme de l'instauration législative d'un pouvoir de consolidation confié aux juridictions étatiques, chargées de trancher le point de savoir s'il y a lieu, dans l'espèce à elles soumises, de procéder à un seul ou à plusieurs arbitrages distincts et, le cas échéant, d'imposer par voie d'autorité l'unification des procédures. Cette réforme législative pourrait aujourd'hui s'autoriser du précédent institué par la loi néerlandaise sur l'arbitrage, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1986: ce texte donne compétence aux juridictions étatiques pour se prononcer d'emblée sur l'opportunité de consolider diverses procédures arbitrales connexes, mais engagées de façon distincte. Constitue-t-il un exemple à imiter?

Observons d'emblée qu'une consolidation de ce type a, du fait même de la nature de l'autorité investie du pouvoir d'y [page "554"](#) procéder, une portée limitée: l'intervention de la juridiction étatique d'un pays donné ne saurait s'étendre à des procédures arbitrales organisées dans d'autres Etats et donc, à ce titre, échappant à sa compétence; du reste, la loi néerlandaise précise elle-même expressément que la consolidation autorisée se limite aux seules procédures arbitrales qui se déroulent sur le territoire néerlandais. Quoique imposée incontestablement par les frontières dans lesquelles s'exerce la compétence des juridictions d'un Etat (dès l'instant, tout au moins, où il s'agit pour un tribunal d'intervenir par voie d'autorité dans des procédures aux fins de bonne

administration de la justice), cette solution, on en conviendra, suffit déjà à restreindre sensiblement, en matière d'arbitrage international, l'intérêt d'une telle innovation.

En outre, l'exécution internationale d'une sentence arbitrale consécutive à une décision de consolidation, et notamment son aptitude à entrer dans le champ de la Convention de New York, soulève des controverses: d'ores et déjà, plusieurs thèmes s'affrontent, comme l'ont montré les débats de ce jour.

Par ailleurs, si l'on va au fond des choses, on doit tout de même bien considérer que, aussi légitime que soit le souci d'éviter l'émiettement du contentieux, la consolidation forcée ne saurait aller directement à l'encontre de la volonté des parties en une matière dont elle est l'essence même. Sans doute objectera-t-on à ce scrupule qu'il est sans fondement dès lors que ce fractionnement des procédures n'a pas été véritablement voulu par les parties et qu'il n'est dû qu'au fait que de nouveaux partenaires ou d'autres développements se sont greffés postérieurement sur l'opération initiale: c'est parfois vrai, mais bien souvent, aussi, la vie des affaires fournit des exemples de montages juridiques complexes et non coordonnés, *ab initio*, qui rendent prévisibles les difficultés ultérieures: dès lors que les parties n'ont néanmoins pris aucune précaution, c'est leur volonté même d'éviter l'émiettement du contentieux qui paraît douteuse: ne serait-ce pas méconnaître les intentions des parties que d'imposer une consolidation forcée à celles de ces dernières qui s'y refusent?

Enfin, cette aspiration à la consécration législative de la consolidation forcée, qui semble émaner des utilisateurs (de tous?) de l'arbitrage international, concourrait, si l'on y donnait suite, à accentuer la dérive de l'institution. En effet, il y [page "555"](#) a tout de même quelque paradoxe, de la part des spécialistes de la matière, à avoir lutté pendant des décennies en faveur de la reconnaissance de l'autonomie de l'arbitrage commercial international et à souhaiter, tolérer ou favoriser de plus en plus, aujourd'hui, l'intégration croissante des instances arbitrales dans les appareils judiciaires étatiques: le recours de plus en plus fréquent aux tribunaux judiciaires aux fins de mise en place du tribunal arbitral, d'obtention de mesures provisoires ou de contrôle des sentences, s'il devait demain permettre de provoquer une consolidation forcée, représenterait une étape supplémentaire dans la transformation progressive de l'institution arbitrale en une procédure sous tutelle judiciaire, au rebours de son évolution historique.

2) Resterait tout de même ouverte une possibilité de consolidation, qui ne se heurte à aucune des objections précédemment exposées: elle procéderait de l'insertion par les institutions permanentes d'arbitrage dans leurs Règlements d'une disposition autorisant l'organisme d'administration de l'arbitrage à consolider, si besoin était, les procédures organisées sous son égide. Prévue par le Règlement d'arbitrage, une telle consolidation respecterait la volonté

des parties; en outre, il n'est pas certain que sa portée serait plus limitée que si elle émanait d'une juridiction étatique, car elle aurait l'immense avantage de couvrir l'espace international. Sans doute existe-t-il plusieurs institutions permanentes, sans lien entre elles; sans doute l'arbitrage *ad hoc* conserve-t-il encore un domaine non négligeable. Aussi cette solution représenterait-elle un progrès sans être une panacée: mais l'institution n'est-elle pas condamnée à vivre dans l'empirisme et les expédients si l'on ne se décide pas à aborder le problème dans toute son ampleur? [page "556"](#)

⁽¹⁾ Outre les références citées dans le texte, on pourra consulter:

- Les différents rapports présentés au Congrès de l'I.C.C.A., Varsovie 1980, notamment Bernini, p. 12-22; Aksen, p. 33-36; El Hakim, p. 46-57; Jakubowski, p. 58-76; Scasz, p. 77-88; Tandeau de Marsac, p. 164, etc.
- Bellet, le symposium international de Varsovie sur l'arbitrage international dans les litiges commerciaux multilatéraux, *Rev. arb.*, 1981, 50-65;
- Bartels, *Multiparty Arbitration Clauses*, 2 *Journal of International Arbitration*, 1985, p. 61-66;
- Bernini, *Arbitration in Multiparty Business disputes*, *Yearbook Commercial arbitration*, 1980, p. 291-300;
- Bellet, Bernini, Humphrey Lloyds, Sutton, etc., rapports et communications au colloque de Londres, *Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London*, mars 1986;
- Glossner, *Commercial Arbitration in the Federal Republic of Germany*, p. 10;
- Tandeau de Marsac, *Multiparty Arbitration: problems and remedies*, *International contract law and Finance Review*, 1981, p. 383;
- (A paraître) Priem, Thèse de doctorat pour l'université d'Uppsala.

⁽²⁾ Projet de clause du groupe de travail qui n'a pas reçu l'agrément de la Commission d'arbitrage (janvier 1986):

1. Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement.
2. Les parties à la présente clause conviennent que:

a) si un tel litige soulève des questions identiques ou liées à des questions que pose un litige connexe découlant d'un contrat entre une partie au présent contrat et une tierce partie, et à condition que ce litige connexe doive être lui-même ou ait été soumis à arbitrage conformément au Règlement de la C.C.I.,

b) et si les parties audit litige connexe sont elles-mêmes convenues dans leur convention d'arbitrage d'origine ou par convention ultérieure, que celui-ci soit tranché définitivement par voie d'arbitrage multipartite de la C.C.I., en même temps qu'un litige pouvant découler d'un contrat connexe,

c) et à condition que l'une ou l'autre des parties au présent contrat le demande ou l'accepte également, après avoir eu connaissance dudit litige connexe,

ledit litige et le litige connexe seront tranchés définitivement par le ou les mêmes arbitres, qui seront nommés d'un commun accord entre toutes les parties à l'arbitrage ainsi lié, ou par la Cour d'arbitrage de la C.C.I., conformément aux principes directeurs de l'arbitrage multipartite de la C.C.I.

La Cour d'arbitrage de la C.C.I. décidera *prima facie* si un litige doit être tranché par voie d'arbitrage multipartite de la C.C.I., mais la décision finale sera prise par le ou les arbitres.

(1) «Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés», séance du 24 avril 1985, Travaux du Comité français de droit international privé, 1984-1985, C.N.R.S., p. 105, n° 4 *in fine*.

(2) Pau, 26 novembre 1986, *Rev. arb.*, 1988 p. 153, note Chapelle; Comp. la jurisprudence de la sentence de la Cour d'arbitrage de la C.C.I., *Clunet*, 1986 p. 1113 et s., obs. Sigvard Jarvin.

(3) Paris, 21 octobre 1983 (*Dow Chemical France*), *Rev. arb.*, 1984 p. 98, note Chapelle.

(4) En 1985, M. Fadlallah (art. préc., n° 40) affirmait: «il n'est pas exclu que l'on voie apparaître une limitation expresse des clauses aux signataires, à l'exclusion de toute autre société du groupe». En 1988, il semble que l'hypothèse se soit réalisée, notamment en matière de vente d'avions (cf. *supra*, p. 496 l'intervention de M. le professeur Vasseur).

(5) Sur les conventions d'arbitrage multilatérales, cf. P. Bellet: «Le symposium international de Varsovie sur l'arbitrage international dans les litiges commerciaux multilatéraux», *Rev. arb.*, 1981 p. 50; note sous Trib. gr. inst. Paris, 13 janvier 1986, *Rev. arb.*, 1987 p. 63; E. Gaillard, «L'affaire *Sofidif* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite» (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel le 16 décembre 1986), *Rev. arb.*, 1987 p. 275.

(6) Cf., par ex. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J., Paris, 1987, p. 176 s. et réf. cit.

(7) Lors de la rencontre organisée par le C.A.R.A. (Centre

d'arbitrage Rhône-Alpes et le barreau de Lyon, le 19 novembre 1987, sur le thème «L'Arbitrage, mode de règlement des conflits», M. le Premier Président Draï montrait les bons résultats de la médiation judiciaire, soulignant le caractère irremplaçable de celle-ci: «arriver à ce que la décision soit établie par les parties, c'est leur éviter de perdre la face». Dans une note (inédite), intitulée «Esquisse d'une proposition de loi sur la médiation judiciaire», le même auteur, faisant état des réels succès obtenus de cette façon lorsqu'une juridiction avait sursis à statuer et donné une mission de conciliation, démontre avec pertinence que l'institution d'un médiateur, en cours de litige, devrait être prévue par les textes, pour permettre au juge de désigner une personne de son choix «à l'effet de faire se rencontrer les parties à l'instance, confronter leurs prétentions et allégations respectives, et, le cas échéant, proposer des solutions susceptibles de les rapprocher et de mettre fin à leur différend».

⁽⁸⁾ Et où l'on parle de plus en plus de médiation, de conciliation, et même d'arbitrage, à telle enseigne que la Commission chargée d'examiner le contentieux familial, qui vient de rendre son rapport au ministre de la Justice, propose, outre l'institution d'un juge aux affaires familiales à compétence élargie, d'admettre le recours à l'arbitrage en matière familiale, c'est-à-dire dans un domaine où les parties n'ont, en principe, pas la libre disposition de leurs droits. Il est vrai que le législateur moderne a «déjuridicisé» le droit de la famille, comptant sur d'autres normes pour prendre le relais (cf. Carbonnier, *Flexible droit*, 5^e éd. 1983, not. p. 49: «mœurs et morale, voire courtoisie, et jusqu'aux habitudes individuelles»), et accordant une place de plus en plus importante à la volonté des individus. Voir également, consacrant le recul de la notion d'ordre public, la place que les récents projets de réforme des tribunaux administratifs font à l'arbitrage.

⁽⁹⁾ Cf. *Juriscl. proc. civ. V^o Arbitrage*, fasc. 1005, «Principes généraux».

⁽¹⁰⁾ Cf. déjà M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage*, Gide-Loyrette-Nouel éd. 1983, n^o 117 et s.

⁽¹¹⁾ Il est trop tard pour espérer un changement de vocabulaire: le problème est étudié sous le nom de consolidation dans la littérature de l'arbitrage commercial international: cf. l'abondante bibliographie citée par M. e Delvolvé, aujourd'hui président de la commission d'études de la Chambre de commerce internationale sur l'arbitrage multipartite; cf. aussi la note préc. de M. le président Bellet sous trib. gr. inst. Paris (réf.) 13 janvier 1986, *Rev. arb.*, 1987 p. 63, et le titre de l'exposé de M. Gaillard à l'assemblée générale de la branche française de l' *International Law Association*, le 10 février 1988 (compte rendu J.C.P., 1988 IV p. 178): «L'arbitrage multipartite: état des questions».

⁽¹²⁾ Rubellin-Devichi: «De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appels en garantie dans la jurisprudence récente», *Rev. arb.*, 1981 p. 29; note sous Paris, 11 décembre 1981, *Rev. arb.*, 1982 p. 311; note sous Cass. com., 8 novembre 1982, *Rev. arb.*, 1983 p. 177; Normand, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1978 p. 514; 1983, p. 191; Bazex, note sous Paris, 13 mai

1983 et Trib. com. Paris, 16 janvier 1984, *Rev. arb.*, 1984 p. 114.

(13) Les conditions sont voisines de celles qui sont imposées pour la validité de la clause compromissoire.

(14) *Rev. arb.*, 1983 p. 175 et nos obs.

(15) Paris, 13 mai 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 115, note Bazex.

(16) Sur les différentes conceptions possibles, cf. notre art. préc.: «L'effectivité...», p. 44 et s.

(17) Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd. 1979, t. 1, n° 75.

(18) Cass. com., 9 juin 1987, *Bull. civ.*, IV n° 144, *infra*, p. 557.

(19) A la suite d'avaries persistantes, la société Armement naval avait assigné le constructeur du bateau qu'il avait pris en crédit-bail, le fournisseur des moteurs, et le premier réparateur: la Cour de Rouen, le 21 mars 1985, avait, très justement, au vu de la clause compromissoire passée entre le constructeur et le fournisseur des moteurs, considéré le tribunal comme incompétent.

(20) Paris, 11 février 1987, reproduit *infra*, p. 561.

(21) Le chargeur, destinataire, et son assureur avaient introduit une action en garantie contre le transporteur, qui avait appelé en garantie l'affrèteur, l'armateur, et son assureur ou conseil. «Il apparaît, en l'état des explications fournies», lit-on dans l'arrêt, que c'est dans le seul but d'éluider la convention d'arbitrage que le transporteur a mis en cause l'armateur et son assureur, alors qu'il n'y avait pas de lien contractuel entre le transporteur et ces deux dernières sociétés.

(22) Lors de la discussion qui suivit l'exposé de M. Gaillard: «L'arbitrage multipartite: état des questions», présenté à l'assemblée générale de la branche française de l' *International Law Association* le 10 février 1988 (compte rendu préc. J.C.P., 1988 IV p. 178).

(23) Art. 1046: «A moins que les parties n'en soient convenues autrement, si un tribunal arbitral siégeant aux Pays-Bas est saisi d'un différend dont l'objet est connexe à celui d'une procédure pendante devant un autre tribunal siégeant aux Pays-Bas, la partie la plus diligente peut demander au président du Tribunal de première instance d'Amsterdam d'ordonner la jonction des procédures.

.....

(3) Si le président ordonne la jonction totale, les parties se concertent pour désigner l'arbitre ou les arbitres en nombre impair et déterminent les règles de procédure applicables à l'arbitrage conjoint. Si les parties, dans un délai fixé par le président, n'arrivent pas à se mettre d'accord à ce sujet, le président désigne, à la demande de la partie la plus diligente, l'arbitre ou les arbitres, et détermine, si nécessaire, les règles de procédure applicables à l'arbitrage conjoint»

(24) Loi de Hong Kong, loi néerlandaise, et jurisprudence américaine de l'Etat de New York. Sur le classement des solutions que propose l'auteur, cf. le compte rendu précité: Fausses solutions législatives, qui renvoient à la volonté des parties et ont peut-être pour but d'empêcher le juge de se reconnaître le droit d'imposer la consolidation lorsque les parties ne l'ont pas prévu, vraies solutions législatives (loi de Hong Kong, qui permet au juge de prononcer la consolidation lorsque celui-ci apparaît désirable en présence d'un groupe de contrats concernant un même objet, cf loi néerlandaise), solutions jurisprudentielles (essentiellement, aux Etats-Unis, dans l'Etat de New York où un grand nombre de juridictions admettent la consolidation lorsque les questions sont communes ou connexes, et qu'il y a un risque de contrariété de décisions), et solutions directement ou indirectement (résultant du règlement d'arbitrage) conventionnelles.

(25) Cf. spécialement, Fouchard: «La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1985 p. 5; note sous Trib. gr. inst. Paris, 3 juin 1985; 4 octobre 1985; 31 janvier 1986; 26 mars 1986; Paris, 9 juillet 1986, *Rev. arb.*, 1987 p. 179.

(1) Cf. *infra*, p. 573.

(2) Cf. *infra*, p. 561.

* Cf. *infra*, p. 570.

* Cf. le texte français de cette loi in *Rev. arb.*, 1988.349 et le commentaire de Schultsz, *ibid.*, p. 209.

(1) Une publication trilingue (anglaise, française, allemande) et annotée a été publiée par P. Sanders et A.J. van den Berg (Kluwer 1987) sous le titre *The Netherlands Arbitration Act 1986*.

(1) *Rev. arb.*, 1987.359 et l'article de E. Gaillard: «L'affaire *Sofidif* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite», *ibid.*, p. 275.

(2) J. Mestre, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1986.594.

(3) «Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats», *Rev. trim. dr. civ.*, 1934.525 et s., spéc. p. 544, n° 32; *adde*, du même auteur: *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (1 re série, 3 eéd., 1964, n° 47).

(4) J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat* (L.G.D.J., 1981, Préf. H. Batiffol).

(5) G. Cornu, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil «Des contrats ou des obligations conventionnelles en général»* (*Essai de lecture d'un titre du Code*), Cours de Droit civil approfondi, D.E.A. de Droit privé, Université de Paris II, 1976-1977 (Les Cours de Droit), p. 19-20, 62.

(6) J. Mestre, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1986.596.

(7) M. Cabrillac: «Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale», *Mélanges Marty*, 1978, p. 254.

© 2013 Kluwer Law International BV (All rights reserved).

KluwerArbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwerarbitration.com or contact our Sales staff at sales@kluwerlaw.com or call +31 (0)172 64 1562.