

parties, alors que selon l'article 1 du projet, les parties étaient libres d'effectuer un tel choix ?

Y.D. S.J.

I. — Clause compromissoire. — Arbitrage international. — Autonomie juridique. — Application du droit régissant le contrat principal (non). — Application des usages du commerce international.

II. — Société. — Groupe de sociétés. — Clause compromissoire. — Opposabilité aux sociétés du Groupe.

Sentence intérimaire rendue dans l'affaire n° 4131 en 1982.

En vertu de deux contrats, un groupe multinational avait confié à un autre groupe la distribution et la vente de ses produits en France. Par le premier (le contrat de distribution) la société X International S.A. (Venezuela), aux droits de laquelle s'est trouvée ultérieurement X A.G. (Zürich), elle-même filiale de X company (Etats-Unis), avait accordé à une société française, aux droits de laquelle s'est trouvée ultérieurement Y (France), le droit de vendre sur le territoire de la France métropolitaine divers produits destinés à l'isolation.

Trois ans plus tard, le deuxième contrat avait été conclu entre X Europe S.A. (Zürich), filiale de X A.G. (Zürich) d'une part et d'autre part, la société Z (France), la société Y déjà nommée et une troisième société F (France), aux droits desquelles s'est trouvée ultérieurement Y. Ce deuxième contrat — le « *distribution agreement* » — désignait les trois sociétés co-contractantes comme distributeurs pour la France métropolitaine de produits identiques à ceux visés par le premier contrat.

Le tribunal arbitral siégeant à Paris, était appelé à constater que seules les sociétés acheteuses devaient répondre des conséquences dommageables pouvant résulter de l'utilisation des produits.

Les arbitres devaient d'abord décider de sa compétence vis-à-vis des parties à l'arbitrage car la défenderesse Y soutenait qu'aucune clause compromissoire n'existeit entre elle et les deux premières des quatre demanderesses (1) X France (France), (2) X Company (Etats-Unis), (3) X A.G. (Suisse) et (4) X Europe (Suisse).

Les arbitres abordèrent le problème dans les termes suivants :

« Considérant que le par. 10 du Contrat de distribution de 1965 disposait ce qui suit :

“L'origine des livraisons au Distributeur reste à la discrétion du Vendeur pour autant que les produits livrés sont conformes aux spécifications. Les livraisons pourront être effectuées soit par X International (France) soit par toute autre filiale de The X Company. Toute vente faite dans ces conditions fera partie intégrante du contrat. »

« Considérant que de la même manière, le par. 5 du “*Distribution Agreement*” de 1968 (qui s'est substitué, selon les indications concordantes des parties au contrat de 1965) prévoyait ce qui suit :

“At Seller's option, deliveries may be effected by X International S.A. or other wholly owned subsidiaries of The X Company or its subsidiaries. Any sales made under this condition shall constitute part of this Agreement”.

« Qu'il est acquis au débat que la “X International S.A.” ainsi visée, n'est pas la société vénézuélienne qui était intervenue comme “vendeur” au contrat de distribution de 1965,

mais la société française actuellement dénommée X France, qui est une des demanderesses ; que de fait, c'est cette société qui a effectué les livraisons prévues par le « Contrat de distribution » et le « *Distribution Agreement* »

« Considérant que des incidents étant survenus lors de l'utilisation du produit commercialisé en France, en application de ces contrats, des procédures ont été engagées devant diverses juridictions françaises, auxquelles des sociétés du groupe X ont été attirées ;

« Considérant que c'est dans cette situation, qu'il n'est pas nécessaire de décrire plus longuement dans la présente sentence intérimaire, et qui le sera lors de l'examen ultérieur du fond du litige, que se prévalant de la clause compromissoire qui figure tant dans le contrat de 1965 que dans celui de 1968, les sociétés demanderesses ont saisi la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de la requête en arbitrage sus-mentionnée, »

Le tribunal arbitral, estimant qu'il devait se prononcer au préalable sur les sources du droit dont il devait être fait application pour trancher la question de compétence, statua ainsi :

« I. — SUR LES SOURCES DE DROIT DONT IL DOIT ÊTRE FAIT APPLICATION.

« Considérant qu'il n'est pas contesté que les clauses compromissoires dont les demanderesses se prévalent figurent dans des contrats qui n'ont été signés ni par X France ni par X Company ; que ces deux sociétés soutiennent cependant pouvoir les invoquer, en raison tant des circonstances dans lesquelles les contrats en cause ont été conclus et exécutés, que du fait qu'elles font partie, avec les sociétés signataires de ces contrats, d'un groupe dont X Company est la société-mère, et les trois autres ses filiales et sous-filiales entièrement contrôlées par la première ;

« Considérant dès lors que l'exception d'incompétence, et par voie de conséquence, l'exception d'irrecevabilité qui lui a été liée posent au tribunal la question de la portée et des effets des clauses compromissoires dont il s'agit ; que ce sont donc les sources de droit propres à déterminer cette portée et ces effets qu'il convient de définir ;

« Considérant, il est vrai, que la défenderesse a soutenu que la clause compromissoire insérée au contrat de 1968, selon laquelle "any difference arising under this Agreement will be settled... according to French Law..." devait être interprétée en ce sens que non seulement le fond du litige, mais aussi la portée et les effets de la clause compromissoire devraient être appréciés au regard de la loi française ;

« Mais considérant qu'en se référant au règlement de la C.C.I., les parties ont incorporé à leur contrat les dispositions de celui-ci concernant la décision des arbitres sur leur propre compétence ; mais que ces dispositions ne prévoient de recours à aucune loi étatique, si bien que la référence à la loi française ne pouvait concerner que le fond du litige ;

« Considérant que les sources de droit applicables pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrage international ne se confondent pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige déféré à cet arbitrage ; que si cette loi et ces règles de droit peuvent, dans certains cas concerner aussi bien le fond du litige que la clause compromissoire, il est parfaitement possible que dans d'autres cas, celle-ci soit régie, en raison de son autonomie — qui concerne non seulement sa validité, mais aussi sa portée et ses effets — par des sources de droit qui lui sont propres, distinctes de celles qui gouvernent le fond du litige ;

« Considérant qu'il en est ainsi en particulier — et sauf convention expresse différente des parties — lorsqu'il s'agit d'une clause compromissoire se référant au règlement de la C.C.I.

« Considérant, en effet, que si dans sa version de 1975 (dont il y aura lieu, le moment venu, de décider si elle est applicable en l'espèce, eu égard au dates des contrats litigieux) ce règlement contient, des dispositions relatives au "droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige" (art. 13-3), il est muet à ce sujet dans sa version antérieure ; mais que dans les deux versions, le règlement contient des dispositions pratiquement identiques (Règlement de 1955, art. 13 ; Règlement de 1975, section "Arbitrage", art. 8) concernant la décision de l'arbitre sur sa propre compétence, qui consacrent notamment la complète autonomie de la clause compromissoire (par. 4 de chacun des deux textes) et confèrent à l'arbitre le pouvoir de "prendre toute décision sur sa propre compétence" après que la Cour eut décidé que l'arbitrage aura lieu (par. 3) sans lui prescrire d'appliquer, pour ce faire, une loi étatique quelconque.

« Considérant dès lors que le tribunal déterminera la portée et les effets des clauses compromissoires dont il s'agit, et en déduire sa décision relative à l'exception d'incompétence, en se fondant sur la commune volonté des parties à la présente procédure, telle qu'elle résulte des circonstances qui ont entouré la conclusion et caractérisé l'exécution puis la résiliation des contrats où elles figurent, et en tenant également compte, à l'exemple notamment de la jurisprudence française relative à l'arbitrage international, des usages conformes aux besoins du commerce international, notamment en présence d'un groupe de sociétés ;

« Considérant que se conformant à la "Règle générale" édictée aux articles 31 (version 955) et 26 de la Section "Arbitrage" du Règlement C.C.I., le tribunal veillera cependant aussi à ce que la sentence soit susceptible de sanction légale ; qu'à cet effet, il s'assurera de la compatibilité de la solution qu'il retiendra avec l'ordre public international, en particulier en France.

« II. — SUR L'EXCEPTION D'INCOMPÉTENCE.

« Considérant que conformément à ce qui vient d'être énoncé il convient, pour déterminer la portée et les effets des clauses compromissoires invoquées, d'examiner successivement les circonstances de la négociation, de l'exécution et de la résiliation des contrats dans lesquels elles figurent, et de rechercher ensuite l'incidence que peut avoir, à cet égard, le fait que les sociétés demanderesses font partie d'un groupe de sociétés. »

Après avoir constaté que les deux groupes avaient eu des relations commerciales avant la conclusion du contrat de 1965 et que, dans une correspondance de septembre 1965 entre les sociétés, X France avait été considérée destinataire des commandes passées par l'acheteur français et que ce dernier avait fait connaître à ses clients, en septembre 1965 qu'un accord avait été signé avec X France pour des produits dont X Company (Etats-Unis) était le propriétaire, les arbitres se réfèrent à une réunion de direction de l'acheteur/distributeur français, lors de laquelle on avait fait référence au contrat conclu avec le groupe X sans préciser quelle société du groupe. Ensuite les arbitres constatèrent :

« que les formules ainsi employées montrent que dans l'esprit des dirigeants du distributeur français, le partenaire de cette société dans le contrat serait le groupe X, sans que l'on attache une signification effective au choix de tel ou tel membre du groupe pour signer ce contrat ;

« Considérant que le 25 avril 1967, M. Jean-Jacques B... (X France) envoyait à Y un projet de nouveau contrat de distribution selon lequel le vendeur devait être X International U.S.A.) ; que Y répondait à M. B..., par lettre du 16 juin 1967 (...), notamment dans les termes suivants : "À la suite des différents entretiens que nous avons eus concernant ce contrat... nous vous faisons part de notre accord pour signer celui-ci dans la forme que vous lui avez donnée en date du 25 avril 1967" ;

« Que par lettre en date du 21 juillet 1967 (...), M. B... signant pour X France, écrivait ce qui suit à M. M.T. : "... je vous adresse ci-joint, en quatre exemplaires, le texte définitif en anglais de *notre* contrat de Distribution, signé par notre Président, M. ... (celui-ci était président de X International, U.S.A.) ;

« Considérant que ce contrat ne peut être immédiatement conclu en raison de difficultés relatives à la clause de non-concurrence qu'il contenait en son article 4 ; que l'on notera cependant que dans sa lettre à M. B... (X France) du 24 août 1967 (...), M. M.T. (Y) visait « le contrat précédemment préparé *entre nous* » ; que de même, dans sa lettre à M. M.T. du 20 octobre 1967 (...) M. B... s'exprimait comme suit : "J'aimerais que nous puissions nous rencontrer très prochainement afin que nous puissions déterminer définitivement les possibilités existantes de concrétiser un accord entre *nos Sociétés* de manière à normaliser les "apports actuels".

« Considérant que les difficultés relatives à la clause de non-concurrence ayant été éventuellement aplaniées, M. B... envoyait à M. M.T., avec sa lettre du 20 novembre 1967 (...) un nouveau projet de contrat, en langue anglaise, dans lequel le "seller" était X International Inc., ayant ses bureaux à Zürich ;

« Considérant que les négociations se poursuivirent ensuite ; que du côté du groupe X, prirent activement part aussi bien X (France) que X Europe (Zürich) ; que finalement, c'est cette dernière société qui signa, en juillet 1968, le "Distribution Agreement" dans lequel était reprise la clause compromissoire C.C.I., figurant déjà dans le Contrat de Distribution du 1er octobre 1965.

« Considérant que divers autres documents et lettres, établis ou échangés pendant les longues négociations qui ont ainsi précédé la signature du "Distribution Agreement" de 1968, confirmé que les sociétés du Groupe X, et plus particulièrement X France et X Europe (Zürich), ont constamment négocié ensemble avec Y M. B..., de X France, apparaissent cependant comme la cheville ouvrière de cette négociation, sans doute en raison de sa présence à Paris.

« Considérant, en définitive, que tant lors de la conclusion du contrat de 1965, que pendant les négociations qui ont abouti à celle du contrat de 1968, X France est apparue comme étant au centre de l'organisation des rapports contractuels avec les sociétés aux droits desquelles se trouve actuellement la défenderesse ; que d'autre part, ces rapports contractuels n'auraient pas pu être formés sans le consentement de la société mère américaine, qui était propriétaire des marques sous lesquelles les produits en cause devaient être commercialisés en France ;

« Que cette analyse fait apparaître que ni les "Vendeurs" ni les "distributeurs" n'attachaient la moindre importance au choix de la société du Groupe X qui signerait les contrats ; qu'il est remarquable de constater qu'aucune des pièces produites ne porte trace d'une discussion quelconque à ce sujet ; qu'en réalité, il est manifeste que ce sont toutes celles des entités du Groupe X qui étaient concernées par la distribution en France qui entendaient contracter avec le ou les distributeurs dans ce pays, et que de même, c'est avec l'ensemble de ces entités qu'ont entendu contracter les sociétés aux droits desquelles se trouve actuellement la défenderesse.

« B. L'exécution des contrats. »

« Considérant qu'ainsi qu'il a été ci-dessus rappelé, tant le contrat de distribution de 1965 que le "Distribution Agreement" de 1968 désignaient en première ligne X France pour livrer les produits aux distributeurs ; que s'il était, certes, prévu que les livraisons pourraient également être faites, au choix du "vendeur", par d'autres filiales de X Company, on doit constater qu'en fait, il n'a pas été soutenu que cette faculté ait été utilisée, si bien que c'est X France qui a constamment assuré, sous cet aspect, l'exécution des contrats ;

« Qu'au surplus, le fait que les livraisons auraient pu contractuellement provenir de toute filiale quelconque de X (U.S.A.), société mère du groupe, montre que de ce point de vue encore, c'est en réalité le groupe, sous l'impulsion de la société mère, qui était considéré par les parties comme ayant contracté.

« Considérant d'autre part que le contrat de 1965 contenait, dans ses articles 7 et 8, des clauses relatives à la fixation des prix de vente aux distributeurs, et des prix de revente aux utilisateurs, dont il était prévu que l'application donnerait lieu à des contacts, voire à une "coopération" entre le vendeur et les distributeurs qu'en fait, c'est à X France (et non à X International Venezuela, théoriquement "Vendeur" d'après le contrat de 1965) que le distributeur s'adressait pour établir les prix, lorsque des circonstances particulières exigeaient un traitement spécial d'un client.

« Considérant enfin que selon le par. 13 du contrat de 1965, "Le vendeur apportera l'aide technique qu'il jugera raisonnablement nécessaire pour permettre au Distributeur de réaliser son programme de vente. Le vendeur fournira également la documentation et les échantillons en quantité suffisante" ;

« Considérant que là encore, il résulte de la correspondance versée au débat par les sociétés demanderesses que dans l'exécution du contrat, c'est X France qui a effectivement rempli les tâches ainsi dévolues au "Vendeur" ;

« Considérant dès lors que l'exécution du contrat confirme le rôle prépondérant que X France a joué dans le fonctionnement des relations contractuelles en cause, comme elle l'avait joué dans leur établissement ;

« Considérant en outre que pour exercer son activité contractuelle, le distributeur devait nécessairement utiliser les marques appartenant à la société mère, X Company, sans qu'il apparaisse cependant qu'une convention particulière de licence d'exploitation ait été conclue

à cet effet ; que cette situation montre que la société-mère était concernée au premier chef par les contrats de distribution ;

“ Que la même signification s’attache à la clause, déjà mentionnée, en vertu de laquelle les livraisons pouvaient être faites par n’importe laquelle des filiales appartenant entièrement à X (U.S.A.) ; que cette clause montre en effet que c’est la société mère qui était le pivot des rapports contractuels formellement établis entre certaines des entités de son groupe et les distributeurs. »

Ensuite les arbitres examinèrent dans les termes suivants les circonstances qui ont mené à la résiliation des contrats :

“ C. La résiliation des contrats. « Considérant que par lettre du 30 septembre 1969 (...), X France écrivait ce qui suit, sous la signature de M. B... à M. C..., de Y :

“ Au cours de nos récents entretiens, nous avons procédé à un examen approfondi de nos relations contractuelles pour la distribution des marchandises.

“ A l’issue de ces entretiens, nous sommes convenus qu’il était préférable de résilier le contrat qui nous lie actuellement.

“ Nous vous confirmons notre accord sur cette résiliation et, de ce fait, nos deux sociétés reprennent leur entière et complète liberté”.

“ Qu’ensuite par lettre du 31 octobre 1969 (...), M. B... écrivait à M. C... :

“ Nous avons l’avantage de vous confirmer notre accord pour vous conserver le maintien d’une marge brute de respectivement F/m³ 15 et F/m³ 20 sur la vente des marchandises et ce, jusqu’au 31 décembre 1970, en dépit de la résiliation effective de nos contrats de vente et de distribution”,

tout en rappelant que les marchandises étaient des marques déposées de The X Company ;

“ Qu’un “modèle de lettre à adresser par la Companie de Y à ses négociants en même temps que la lettre adressée par la X” (...) était établi ; que “X” était nécessairement X France, puisque dans sa lettre précitée du 31 octobre 1969, M. B... avait rappelé le désir de cette société “de voir figurer à nos accords la publication d’un communiqué commun afin d’éviter toute équivoque auprès de la clientèle” ; que ce modèle était ainsi conçu :

“ Nous avons l’avantage de vous informer que nos deux sociétés sont convenues d’apporter certaines modifications aux conditions de distribution des marchandises.

“ Il a été notamment décidé que X France pourrait reprendre la commercialisation directe de ces produits à partir de décembre 1969.

“ La Compagnie de Y, quant à elle, conserve, bien entendu, la possibilité d’assurer vos approvisionnements des marchandises, dans les conditions de prix et de délai du marché.

“(Marque déposée de The X Company)”.

“ Que l’ensemble de cette correspondance montre, à l’évidence que X France se considérait, et était considérée par Y, comme partie au contrat de distribution ; que sans doute, par lettre du 25 novembre 1969, M. B... écrivait à la Compagnie de Y ce qui suit :

“ Pour la bonne forme, nous vous confirmons la résiliation du contrat de distribution, signé le 9 juillet 1968 avec X Europe SA, société pour le compte de laquelle agit X France” ;

“ Mais considérant que l’on ne saurait déduire de cette lettre expressément présentée comme écrite “pour la bonne forme”, mais qui confirme la correspondance relative à la résiliation, précédemment visée, que X France n’était, dans les rapports contractuels avec Y, qu’un simple mandataire de X Europe ; que s’il était nécessaire, en la forme, de confirmer la résiliation “pour le compte de X Europe, puisque celle-ci était signataire du contrat résilié, il n’en demeure pas moins que c’est bien entre X agissant elle-même, et Y qu’étaient alors déjà intervenus les actes consacrant cette résiliation” ;

“ Qu’il apparaît ainsi que comme dans la formation et l’exécution des contrats de distribution, X France a joué un rôle essentiel dans la résiliation de celui de 1968, qui s’était substitué au contrat de 1965 : que l’ensemble de ces constatations permet de conclure qu’elle était partie à l’un comme à l’autre de ces contrats, et par conséquent, aux clauses compromissoires qu’ils contenaient ;

“ Que la même conclusion doit être retenue à l’égard de X Company (U.S.A.) en raison

de sa qualité de propriétaire des marques sous lesquelles les produits étaient diffusés, et du contrôle absolu qu'elle exerçait sur toutes celles de ses filiales qui sont directement intervenues ou qui auraient pu contractuellement intervenir dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats de distribution litigieux :

« Considérant que ce n'est pas autre chose que la société défenderesse a soutenu dans ses conclusions prises le 1^{er} juillet 1980 devant la Cour d'Appel de Paris, à l'appui de la demande en intervention forcée qu'elle avait formée, entre autres, contre X Company (U.S.A.) ;

« Qu'elle y écrivait en effet ce qui suit :

« Attendu que la société X Company, propriétaire des brevets et organisatrice de la fabrication et de la distribution de la marchandise, a décidé et composé les modalités de fabrication et de distribution dudit produit, engageant ainsi sa responsabilité à titre principal ».

« Considérant que dans les circonstances de la cause, l'application des clauses compromissoires à X (U.S.A.) trouve également sa justification, comme on le montrera à présent, dans le fait que les contrats où ces clauses figurent, concernent, dans un groupe de sociétés, la société mère et certaines de ses filiales ; qu'elle pourrait la trouver dans le même fait, si besoin était, à l'égard de X France.

« D. Le groupe de sociétés. »

« Considérant qu'il n'est ni contestable, ni contesté que X Company (U.S.A.) possède et exerce le contrôle absolu de ses filiales qui ont soit signé les contrats en cause, soit, comme X France, effectivement et personnellement participé à leur conclusion, leur exécution et leur résiliation ;

« Considérant qu'un groupe de sociétés possède, en dépit de la personnalité juridique distincte appartenant à chacune de celle-ci, une réalité économique unique dont le tribunal arbitral doit tenir compte lorsqu'il statue sur sa propre compétence, en application de l'article 13 (version de 1955) ou de l'article 8 (version de 1975) du Règlement de la C.C.I. ;

« Considérant, en particulier, 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 lesdites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui en peuvent découler.

« Considérant que c'est en ce sens que se sont déjà prononcés des tribunaux arbitraux institués dans le cadre de la C.C.I. (v. Sentences dans l'affaire n° 2375 de 1975, Clunet 1976, 973 ; et dans l'affaire 1434 de 1975, Clunet 1976, 978) ; que les décisions de ces tribunaux forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international ;

« Considérant, certes, que dans une autre sentence (aff. n° 2138/1974, Clunet 1975, 934) le tribunal arbitral a écarté l'extension de la clause compromissoire de l'une des sociétés d'un groupe à une autre mais s'est fondé, à cet effet sur ce "qu'il n'était nullement établi que la société X" (au sujet de laquelle le tribunal avait constaté qu'elle n'était ni signataire, ni partie au contrat) « aurait accepté la clause compromissoire si elle avait signé le contrat elle-même » :

« Considérant que cette preuve n'étant pas rapportée, le tribunal n'a pas admis l'application de la clause compromissoire ; mais que dans la présente espèce, les circonstances et les documents précédemment analysés montrent que cette application est conforme à la commune volonté des parties.

« Qu'il n'est pas sans intérêt de rappeler que c'est dans le même sens que s'est récemment prononcé un tribunal arbitral américain se référant à des décisions étatiques américaines, en observant "qu'il n'est ni raisonnable ni pratique d'exclure (de la compétence des arbitres) des demandes de sociétés qui ont un intérêt dans l'affaire et sont membres de la même famille de sociétés" (Society of Maritime Arbitrators, Inc. New-York, Partial Final Award n° 1510, 28 nov. 1980 Yearbook Commercial Arbitration VII (1982), American Awards, p. 151)

« Considérant enfin que dans une affaire directement liée aux questions litigieuses faisant objet de la présente instance arbitrale, la Cour d'appel de Paris s'est déclarée compétente, par arrêt du 5 février 1982, pour connaître des demandes en intervention formées par Y, à l'égard non seulement de X Europe (qui est signataire du contrat de distribution de 1968), aussi de X Company (U.S.A.), et à "(renvoyé) la société Y à mieux se tourvoir devant la formation arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale à Paris" ; que pour fonder cette décision, la Cour a énoncé "que la société Y ne saurait contester que le litige pendant et ses demandes contre les X Company et X Europe dans leurs rapports entre elles découlent directement ces deux contrats (de 1965 et 1968)" ;

« Que par le même arrêt, il est vrai, la Cour a statué sur le fond à l'égard de X France ; mais que celle-ci avait été attirée sur le fondement d'une responsabilité quasi-délictuelle, et n'a pas invoqué les clauses compromissoires et n'a pas présenté d'exception d'incompétence.

**

« Considérant, en définitive, qu'il échoue pour le tribunal de se déclarer compétent pour connaître des demandes formées, non seulement par X A.G. (Zürich) et X Europe (Zürich) mais aussi par X Company (U.S.A.) et X (France).

« Que ce faisant, le tribunal ne méconnaîtra aucun principe ni aucune règle d'ordre public international, en particulier du système juridique français ; que celui-ci ne repose sur aucun principe et ne contient aucune règle revêtant ce caractère, qui interdirait de conférer à une clause compromissoire concernant des sociétés juridiquement distinctes, mais faisant partie d'un groupe de sociétés, la part qui lui sera attribuée par la présente sentence ; que tout au contraire, en tenant compte, pour ce faire, des besoins du commerce international, auxquels doivent satisfaire les règles de l'arbitrage international, le tribunal suivra l'exemple de la jurisprudence française à laquelle il est fait expressément référence dans le rapport au premier ministre constituant l'exposé des motifs du décret du 12 mai 1981 ; »

Ainsi le tribunal se déclare compétent pour statuer sur les demandes des quatre sociétés demanderesses.

OBSERVATIONS. — I. — Les dispositions de l'Article 8 (3) du Règlement d'Arbitrage de la C.C.I. sont libellés comme suit : « Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence ou à la validité de la Convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté « *prima facie* » l'existence de cette Convention, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ces moyens que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre de prendre toute décision sur sa propre compétence. » Il est certain que ce texte ne précise pas selon quel droit les arbitres doivent se prononcer sur leur compétence. La présente sentence en déduit qu'ils n'ont pas à se référer à une loi étatique quelconque et qu'ils peuvent se décider en fonction d'une seule analyse de la commune volonté des parties, à la lumière des « usages conformes aux besoins du commerce international ».

Pour parvenir à cette solution, les arbitres rejettent le point de vue selon lequel la référence au droit français dans la convention d'arbitrage visait non seulement le droit applicable au fond du litige mais également celui régissant la validité, la portée et les effets de la convention d'arbitrage. Il convient de rapprocher leur décision à cet égard de la sentence rendue en 1980 dans l'affaire n° 3380 (*cf. Clunet* 1981, 927) où les arbitres avaient également restreint au fond du litige les effets d'une élection de droit dans une convention d'arbitrage. On n'en déduira donc que si les parties souhaitent que le droit qu'elles choisissent soit appliqué à la fois au contrat, à la convention d'arbitrage et éventuellement à la procédure arbitrale, il leur appartient de la préciser.

A partir du moment où la volonté des parties quant au droit applicable à la convention d'arbitrage n'était pas expressément indiquée, les arbitres étaient-ils habilités à déterminer librement ce droit et à détacher la portée et les effets de cette convention de toute loi étatique. En l'absence de toute règle de conflit de lois

s'imposant à l'arbitre international, on répondra par l'affirmative (cf. sur ce point nos observations sous la sentence rendue dans l'affaire n° 4132 *supra* p. 891). Tout comme l'arbitre est autorisé à appliquer au contrat le droit qu'il estime approprié (sur l'absence d'obligation pour l'arbitre de passer par l'intermédiaire d'une règle de conflit étatique, cf. nos observations sous la sentence rendue dans l'affaire n° 3880, *supra* p. 897), il jouit de la même liberté s'agissant de la convention d'arbitrage. Il n'est donc pas surprenant qu'il déduise du choix par les parties d'une convention d'arbitrage se référant au règlement d'une institution internationale leur volonté de détacher cette convention de tout droit étatique. La jurisprudence française leur en avait d'ailleurs montré l'exemple en affirmant la validité d'une convention d'arbitrage, sans rechercher la loi qui lui était applicable, alors même d'ailleurs que l'intervention d'une institution d'arbitrage internationale n'était pas invoquée pour justifier cette approche (cf. notamment Cass. civ. I, 4 juill. 1972 : *Clunet* 1972, 843 note Oppetit ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1974, 82 note Level ; *Rev. arb.* 1972, 67).

Ainsi que le soulignent nos observations sous la sentence rendue dans l'affaire n° 4392 (cf. *infra* p. 907), cette liberté de l'arbitre risque néanmoins de se trouver entravée par son souci de veiller à ce que la sentence soit susceptible de sanction légale, souci renforcé par les dispositions de l'article 26 du Règlement de la C.C.I. : « Dans tous les cas non visés expressément ci-dessus, la Cour d'arbitrage et l'arbitre procèdent en s'inspirant de ce Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale. » En effet, en l'absence d'indication des parties quant au droit auquel est soumise la convention d'arbitrage, l'article V (1) (a) de la Convention de New York autorise le juge à refuser l'exécution d'une sentence reposant sur une convention d'arbitrage non valable « en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ». Lorsque le lieu de l'arbitrage est fixé à Paris, cette interférence du droit du lieu de l'arbitrage est évidemment toute formelle, s'agissant d'un arbitrage international. L'article 1495 du nouveau Code de procédure civile pose en principe que lorsque la loi française est applicable, les dispositions du droit interne relatives à l'arbitrage ne régissent cette convention, en matière internationale, « qu'à défaut de convention particulière ». Les arbitres peuvent donc apprécier les effets de la convention d'arbitrage à partir de son seul contenu, sans courir le risque de se placer en contradiction avec le droit français du lieu de l'arbitrage, puisque celui-ci donne la primauté à l'accord des parties. Seul l'ordre public international serait susceptible d'intervenir, et ceci explique sans doute que dans la sentence ici rapportée, les arbitres prennent soin de souligner qu'ils veilleront à la respecter.

II. — Comme dans les sentences rendues en 1975 dans les affaires n° 1434 et 1375 (cf. *Clunet* 1976 p. 973 et 978), les arbitres tirent toutes les conséquences, au plan des effets de la convention d'arbitrage, de la réalité économique qu'est le groupe de sociétés. Il ne découle pas de leur décision, ce qui serait excessif, qu'à partir du moment où la personne morale ou physique qui contrôle un groupe, voire un membre de celui-ci, signe une convention d'arbitrage, l'ensemble des sociétés composant ce groupe se trouvent liées par la convention d'arbitrage. Cette signature constitue seulement un commencement de preuve de la soumission des sociétés du groupe à la Convention d'arbitrage, commencement de preuve qui ne se trouvera confirmé que par la participation effective de ces sociétés aux opérations contractuelles. Seules les sociétés du groupe qui ont joué un rôle dans la négociation, la conclusion ou la résiliation du contrat se trouvent de ce fait parties à la convention d'arbitrage qui, lors de la signature du contrat, engageait de façon virtuelle l'entité économique que constitue le groupe. Au-delà du principe général, les arbitres doivent donc apprécier cas par cas, non seulement l'existence d'une volonté des membres du groupe d'engager l'ensemble de celui-ci, mais surtout lorsque cette volonté est établie ses effets pratiques à l'égard de chacune des sociétés du groupe considérée séparément.

Il est possible cependant que cette démarche se heurte aux droits nationaux qui se montrent particulièrement stricts en ce qui concerne la forme écrite de la convention d'arbitrage. Ce n'est pas, en matière internationale, le cas du droit français, compte tenu des dispositions de l'article 1495 du Nouveau Code de procédure civile.

Y. D.

I. — Clause compromissoire. — Validité. — Droit applicable. — Droit du lieu de l'arbitrage.

II. — Clause compromissoire. — Interprétation restrictive. — Clause contenue dans le contrat principal. — Conclusion d'un contrat accessoire. — Existence d'une clause de juridiction dans les conditions générales du contrat accessoire. — Extension de la clause compromissoire au contrat accessoire (non).

Sentence rendue dans l'affaire n° 4392 en 1983.

L'arbitre unique siégeant à Zürich, Suisse, était saisi d'une demande tendant au remboursement du prix d'une installation industrielle contre restitution de l'installation livrée.

La demanderesse yougoslave avait acheté à une société allemande, défenderesse, par contrat soumis au droit suisse, une installation pour la fabrication de poutres en béton précontraint. Le contrat prévoyait également le montage de l'installation. Sur la base d'une offre et d'une commande postérieure au contrat, la demanderesse avait de plus acheté à la défenderesse une scie à béton pour découper les poutres. La demanderesse alléguait que l'installation et la scie présentaient des défauts rendant leur utilisation impossible.

La défenderesse contestait la compétence de l'arbitre dans les termes suivants :

« En ce qui concerne la scie à béton, la défenderesse conteste la compétence du Tribunal d'arbitrage, faute de convention contractuelle entre les parties. La scie à béton ne constituerait pas un accessoire, ainsi que le montre son utilisation par la demanderesse ; en outre, elle a été livrée, selon les conditions de vente de la défenderesse, sous réserve de la compétence judiciaire ordinaire du Tribunal de Gaggenau. »

L'arbitre trancha ainsi la question de sa compétence :

« La base de la compétence de l'arbitre d'après les Règles de Procédure CCI — siège de l'arbitrage : Zürich — est la validité de la convention d'arbitrage. Dans le cadre de la décision sur sa propre compétence, l'arbitre doit vérifier la validité de la convention d'arbitrage, dans la mesure du droit en vigueur au siège du Tribunal d'arbitrage (cf. Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht — Droit suisse en matière d'arbitrage —, Zürich 1980, § 33 III/4 et V/2). »

« La demanderesse a réclamé, les 19 et 20 novembre 1979, par télex, une offre à la défenderesse, portant sur une scie à béton. Une offre détaillée a été présentée le 27 du même mois ; y étaient jointes les conditions générales de vente et de livraison de la défenderesse ; au paragraphe 11 de ces conditions, Gaggenau était indiqué comme lieu de juridiction. L'acceptation de la demanderesse a eu lieu le 12 décembre 1979. »

« Un acte séparé n'est pas nécessaire, pour la clause d'arbitrage. La déclaration par lettre, d'après laquelle les conditions d'un texte contractuel contenant la clause d'arbitrage sont applicables (Droit Civil 17, n° 114) est suffisante. Mais en l'espèce, l'on ne trouve dans les