Urteilskopf

115 II 390

70. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 15 novembre 1989 dans la cause K. S.A. contre T. S.A. et Tribunal arbitral (recours de droit public)
Regeste (de):
Art. 176 Abs. 2 IPRG; Ausschliessungsvereinbarung.

Voraussetzungen für einen gültigen Ausschluss des 12. Kapitels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht.

Regeste (fr):
Art. 176 al. 2 LDIP; convention d'exclusion.

Conditions auxquelles est subordonnée l'exclusion valable du chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé.

Regesto (it):
Art. 176 cpv. 2 LDIP; patto d'esclusione.

Condizioni a cui è subordinata la valida esclusione del capitolo 12 della legge federale sul diritto internazionale privato.

Sachverhalt ab Seite 390

BGE 115 II 390 S. 390

A.- La société K. S.A., à Grenoble, et la société T. S.A., à Genève, ont signé trois conventions, entre mars 1982 et mai 1983, par lesquelles la première concédait à la seconde le droit exclusif de distribuer ses produits dans quatre pays du Moyen-Orient. Chacune de ces conventions contenait une clause compromissoire. Dès la fin de l'année 1983, des difficultés ont surgi en rapport avec l'exécution desdites conventions. En décembre 1984, les parties ont décidé, d'un commun accord, de mettre un terme à leurs relations contractuelles avec effet au 1er avril 1985.

B.- Le 19 avril 1988, T. S.A., se fondant sur la clause compromissoire, a adressé à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève une requête en désignation d'un tribunal arbitral. K. S.A. a contesté d'emblée la possibilité de soumettre le différend à l'arbitrage, motif pris de ce que la résiliation conventionnelle des trois contrats avait rendu caduque la clause compromissoire figurant dans chacun d'eux. Un acte de mission a été signé les 21 et 23 décembre 1988 à Paris. Il fixe le siège de l'arbitrage à Genève, prévoit que la question de la compétence des arbitres fera l'objet d'une décision préalable,

BGE 115 II 390 S. 391

invite le Tribunal arbitral à statuer "dans le respect des dispositions du Concordat suisse sur l'arbitrage de 1969" (RS 279; ci-après: le Concordat) et précise que "les règles applicables à la procédure seront déterminées conformément aux dispositions du Concordat". Par une "sentence intérimaire" rendue le 1er juin 1989, le Tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour connaître de la cause en litige.

C.- K. S.A. a saisi la Cour de justice du canton de Genève d'un recours en nullité, au sens de l'art. 36 let. b CIA. Elle attaque simultanément la sentence intérimaire par la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral (art. 190 al. 3 LDIP et 85 let. c OJ), pour le cas où, contre son avis, le recours cantonal serait déclaré irrecevable. Par décision du 24 août 1989, le Président de la Ire Cour civile a limité la procédure fédérale à l'examen de la recevabilité du recours de droit public

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. b) En vertu de l'art. 176 al. 2 LDIP, le chapitre 12 sur l'arbitrage international ne s'applique pas "lorsque les parties ont exclu par écrit son application et qu'elles sont convenues d'appliquer exclusivement les règles de la procédure cantonale en matière d'arbitrage". Se fondant sur cette disposition, la recourante affirme que la loi fédérale cède le pas devant le Concordat lorsque les parties ont choisi celui-ci (sans référence à ladite loi) par une convention valable en la forme et conclue avant le 1er janvier 1989. Il n'est pas possible de se ranger à cet avis. aa) Force est, tout d'abord, de constater que la plupart des auteurs rejettent la thèse soutenue par la recourante. Pour LALIVE/POUDRET/REYMOND (Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, p. 300, ch. 15), la convention d'exclusion, au sens de l'art. 176 al. 2 LDIP, doit satisfaire à trois conditions cumulatives: elle doit écarter spécifiquement l'application de la loi fédérale; elle doit déclarer les règles cantonales sur l'arbitrage exclusivement applicables; enfin, l'accord doit être écrit. S'agissant de la première condition, ces auteurs insistent sur l'importance qu'elle revêt relativement aux nombreuses clauses arbitrales prévoyant que l'arbitrage se déroulera selon la loi du siège ou selon le Concordat. De fait, elle rend sans objet la question de savoir si



de telles clauses suffisent à exclure l'application de la loi fédérale ou de son chapitre 12, vu l'absence précisément de l'élément négatif. La situation n'est pas différente en ce qui concerne les conventions passées avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale: quand bien même elles déclareraient applicable le Concordat, elles ne vaudront pas convention d'exclusion, faute d'une mention à cet effet ( op.cit., p. 301, ch. 17 et p. 350, ch. 1; voir déjà: P. LALIVE, Le chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé: L'arbitrage international, in: Le nouveau droit international privé suisse, Lausanne 1988, p. 212; POUDRET, Les voies de recours en matière d'arbitrage international en Suisse selon le Concordat et la nouvelle loi fédérale, in: Revue de l'arbitrage, 1988, p. 598). D'autres auteurs partagent également l'avis selon lequel l'efficacité de la convention réservée par l'art. 176 al. 2 LDIP suppose que les parties aient expressément exclu par écrit l'application du chapitre 12 de la loi fédérale (BLESSING, Das neue internationale Schiedsgerichtsrecht der Schweiz, in: Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, vol. 1/II, p. 28/29; BLESSING, The New International Arbitration Law in Switzerland, in: Journal of International Arbitration, 1988, p. 20/21; A. BUCHER, Le nouvel arbitrage international en Suisse, p. 29/30, ch. 60; KARRER/ARNOLD, Switzerland's Private International Law Statute 1987, p. 155, n. 4 ad art. 176). En revanche, WENGER (Welchem Recht unterstehen die im Zeitpunkt des

Inkrafttretens des IPR-Gesetzes hängigen Schiedsverfahren?, in: Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage [ASA], 1988, p. 316/317), dont l'opinion sur ce point est résumée dans un arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 12 mai 1989 (cf. Bulletin ASA, 1989, p. 190), se demande s'il n'y aurait pas lieu de faire abstraction de cette dernière condition dans l'hypothèse où la référence de la clause compromissoire au Concordat serait suffisamment intense pour que l'on puisse en déduire la volonté des parties d'exclure l'application de la loi fédérale. Quant à E. SCHNEIDER (Übergangsrecht: Vereinbarungen betreffend die Anwendung kantonalen Schiedsverfahrensrechts, in: Bulletin ASA, 1989, p. 142 ss), une analyse approfondie de la question, basée principalement sur l'étude des travaux préparatoires, l'amène à conclure que les conventions passées avant le 1er janvier 1989 et prévoyant l'application du Concordat - ne fût-ce qu'indirectement, par la seule fixation du siège de l'arbitrage dans un canton concordataire - continuent de déployer leurs effets après cette date et suffisent, par conséquent, à exclure



l'application de la loi fédérale, même si elles ne contiennent pas de stipulation expresse à ce sujet (p. 157/158, ch. 19), cette dernière exigence n'étant pour lui qu'une prescription de forme (p. 155, ch. 16). bb) La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (ATF 113 II 410 consid. 3a et les arrêts cités). Aussi l'autorité qui applique le droit ne peut-elle s'écarter d'un texte clair que s'il existe des motifs sérieux de penser que ce texte ne correspond pas en tous points au sens véritable de la disposition visée. De tels motifs peuvent résulter des travaux préparatoires, du fondement et du but de la prescription en question, ainsi que de sa relation avec d'autres dispositions (ATF 108 Ia 196). En l'occurrence, le texte de l'art. 176 al. 2 LDIP est parfaitement clair, tout au moins en rapport avec le point litigieux, de sorte qu'il n'est pas permis d'en dénaturer le sens par une interprétation fondée sur des éléments extrinsèques. La conjonction de coordination "et" révèle nettement le caractère cumulatif des deux conditions - abstraction étant faite ici du problème de la forme - dont dépend la validité de la convention des parties réservée par cette disposition, soit, d'une part, l'exclusion de l'application du chapitre 12 de la loi fédérale et, d'autre part, un accord quant à l'application exclusive des règles de la procédure cantonale en matière d'arbitrage. Aussi, admettre, comme le propose SCHNEIDER (op. cit., p. 156, ch. 18), que la simple désignation, par les parties, du siège de l'arbitrage dans un canton concordataire suffit à rendre efficace la convention d'exclusion irait à l'encontre du texte légal, alors qu'aucun motif ne justifie de s'en écarter. Quoi qu'en dise cet auteur, les travaux préparatoires n'apparaissent nullement déterminants à cet égard. Il est certes exact que, dans sa teneur initiale ("Les dispositions de ce chapitre ne s'appliquent pas lorsque les parties sont convenues par écrit que le droit cantonal s'appliquerait"), l'art. 176 al. 2 LDIP - à l'époque, l'art. 169 al. 1bis (cf. BO 1985 CE 173, 1987 CE 193) - n'exigeait pas l'exclusion expresse du chapitre de la loi fédérale relatif à l'arbitrage international. Toujours est-il que l'introduction ultérieure, par le Conseil national (BO 1987 CN 1070), de ce nouvel élément dans le texte dudit article a suscité l'intervention d'un conseiller aux Etats (Hefti, BO 1987 CE 509), lequel souhaitait que la disposition fût adoptée dans sa première version, estimant sans doute que la seconde restreignait davantage la possibilité d'exclure l'application de la loi fédérale. Que cette intervention ait été retirée par la suite, après que



le rapporteur de la commission eut indiqué qu'il ne voyait dans la modification introduite par le Conseil national qu'une clarification ("Verdeutlichung") du texte de la disposition visée (Gadient, BO 1987 CE 509), ne change rien au fait que cette modification pouvait être perçue - et l'a été - comme une aggravation des conditions mises à l'exclusion de la loi fédérale. L'étude des travaux préparatoires n'autorise, partant, aucune déduction dans un

sens ou dans l'autre. Quant à la solution préconisée par WENGER (op.cit., ibid.), elle se heurte également au texte de l'art. 176 al. 2 LDIP, qui exige plus qu'une simple référence au Concordat, fût-elle intense, pour une exclusion valable de la loi fédérale. Au demeurant, cette solution n'est pas propre à satisfaire l'exigence de la sécurité du droit, car elle suppose que l'on recherche, dans tous les cas, si les parties connaissaient déjà, au moment où elles avaient décidé d'appliquer le Concordat, sinon le contenu du chapitre 12 de la loi fédérale, du moins la possibilité, que le législateur entendait leur réserver, d'exclure l'application de la future loi. Or, la connaissance ou l'ignorance d'un fait sont des phénomènes internes qui se laissent difficilement appréhender. Adopter ladite solution reviendrait dès lors à placer le débat, in limine litis, sur le terrain de la preuve, ce qui aurait pour conséquence fâcheuse d'augmenter la durée de la procédure arbitrale que le nouveau droit vise précisément, entre autres objectifs, à réduire. On ne saurait donc s'y résoudre. Au contraire, il faut admettre, avec la doctrine dominante, qu'il n'y a pas de raison de s'écarter du texte clair de la disposition en cause, car il importe que la volonté des parties de renoncer à l'application du chapitre 12 de la loi fédérale au profit du Concordat soit clairement manifestée. Ainsi, la validité d'une convention d'exclusion, au sens de l'art. 176 al. 2 LDIP, suppose l'existence d'un accord écrit par lequel les parties conviennent non seulement d'appliquer exclusivement les règles de la procédure cantonale en matière d'arbitrage - c'est-à-dire le Concordat pour les cantons qui y ont adhéré (au 1er janvier 1989, tous les cantons suisses, à la seule exception de Lucerne; cf. RO 1989 172) -, mais encore d'exclure l'application du chapitre 12 de la loi fédérale. Sans doute ne peut-on leur imposer l'utilisation d'une formule type pour cette exclusion. La volonté commune d'exclure la loi fédérale, qui peut certes être dégagée par voie d'interprétation, doit néanmoins ressortir clairement des termes utilisés par elles, afin que la sécurité du droit soit assurée.



cc) En l'espèce, on cherche en vain, dans les pièces du dossier, une quelconque référence à la loi fédérale et, à plus forte raison, l'expression de la volonté des parties d'exclure, par anticipation, l'application de ladite loi. S'agissant de la clause compromissoire, cela se conçoit aisément, dès lors que les contrats dans lesquels elle figure ont été signés bien avant que la question de l'exclusion de la loi fût mise sur le tapis (cf. BO 1985 CE 173), voire, pour les deux premiers, antérieurement à la publication du message du Conseil fédéral, du 10 novembre 1982, relatif à cette loi (FF 1983 I 255). Quant à l'acte de mission des 21 et 23 décembre 1988, si l'on suit la thèse de la recourante, selon laquelle les parties, leurs conseils et les arbitres ne pouvaient ignorer le fait que la loi fédérale allait entrer en vigueur une semaine plus tard, l'absence de toute référence à cette loi, dans ce document, apparaît incompréhensible, comme l'intimée le relève avec pertinence dans sa réponse. Quoi qu'il en soit, cette circonstance rend inefficace la convention d'exclusion que la recourante prétend avoir passée avec l'intimée dans cet acte de mission. Point n'est dès lors besoin de décider si pareille convention peut intervenir en tout temps (LALIVE/POUDRET/REYMOND, op.cit., p. 301, ch. 18) ou si elle ne peut être conclue que jusqu'au moment où l'une des parties accomplit une démarche en vue de la constitution du tribunal arbitral (BUCHER, op.cit., p. 30, ch. 62). c) Il résulte de cet examen que la loi fédérale est applicable dans le cas particulier. Par conséquent, conformément à l'art. 191 al. 1 LDIP et à la jurisprudence en matière de droit transitoire, seule est ouverte ici la voie du recours de droit public au sens de l'art. 85 let. c OJ. Par ailleurs, s'agissant d'une décision incidente relative à la compétence du tribunal arbitral, c'est à juste titre que la recourante a attaqué la "sentence intérimaire" dans le délai de trente jours dès sa communication (art. 190 al. 3 LDIP, art. 89 al. 1 OJ en relation avec l'art. 191 al. 1 LDIP).