

arbitres jouissaient d'une liberté accrue, mais non pas absolue, pour statuer à ce sujet. Si l'art. 20 al. 1 du Règlement de la CCI leur imposait certes de prendre une décision motivée à cet égard, ce que paraissent encore ignorer certains arbitres convaincus que dans l'arbitrage CCI chaque partie supporte ses frais, ils n'étaient pas tenus d'attacher au désistement de la défenderesse une condamnation automatique à une partie des frais. Il était dès lors possible de se fonder sur la seule constatation que la demande reconventionnelle n'avait pas été instruite à ce stade pour justifier une condamnation exclusive de la demanderesse aux frais, alors même que la quotité de ceux-ci avait été accrue selon le tarif CCI par la valeur litigieuse de la reconvention.

Mais il y a plus. Comme le relève le c. 3b à la suite de la doctrine et de la jurisprudence (cf. les références que nous donnons à n. 2 lett. g ad art. 33 CIA, p. 188 et FJS N° 464b ch. 13), le renvoi de l'art 24 al. 2 PCF ne concerne que la procédure proprement dite devant les arbitres, le déroulement de l'instance arbitrale, et non les règles applicables à la fixation et l'allocation des dépens. La plus grande liberté est ici reconnue aux arbitres, tant par le Concordat (FJS N° 464b ch. 23 lit. g) que par la LDIP, ce qui ne signifie pas qu'ils doivent en abuser ni traiter légèrement cet aspect souvent fort lourd de leur sentence.

Tribunal Cantonal, Vaud

2. Arrêt du 30 mars 1993 dans la cause Nokia-Maillefer SA c. Mazzer (international)

Exception d'arbitrage. Acceptation par télex d'une clause ambiguë. Arbitrage CCI.

Art. 2 al. 2 Convention de New York; 6 al. 1<sup>er</sup> CIA; 2 et 13 CO; 60 et 457 CPC.

**Résumé des faits:** Après acceptation d'une offre, confirmation de commande se référant à des conditions générales prévoyant un for au siège du fournisseur, en Suisse. Le lendemain, envoi par une société de financement italienne d'un "ordine di acquisto" prévoyant un for à Milan. Deux mois plus tard, le fournisseur renvoie ce document en remplaçant "Milano" par "Chambre de Commerce internationale à Paris". Télex de l'acheteur à la société de financement approuvant cette modification. Action ouverte par l'acheteur italien devant la

Cour civile du Canton de Vaud, siège de la défenderesse, laquelle soulève une exception d'arbitrage. Déclinatoire rejeté par le juge instructeur, qui considère, d'une part, qu'aucun accord valable en la forme au regard du Concordat n'est intervenu au sujet de la modification apportée à l'"ordine di acquisto"; d'autre part qu'une acceptation tacite ne serait pas valable au regard de l'art. 2 al. 2 de la Convention de New York et de l'art. 6 al. 1<sup>er</sup> CIA, qui renvoie aux art. 13 et s. CO, l'accord du demandeur ayant été donné par un télex non signé à l'adresse de la société de financement. Recours de la défenderesse concluant principalement à l'admission du déclinatoire et subsidiairement à son annulation. Recours rejeté.

En droit:

1. Selon l'art. 60 CPC, le recours au Tribunal cantonal est ouvert contre tout jugement sur déclinatoire.

Le pouvoir d'examen de l'autorité de recours à l'égard d'un jugement incident sur déclinatoire est celui de l'art. 457 CPC (Poudret, Wurzbürger et Halley, Procédure civile vaudoise, note 3 ad art. 60 CPC, p. 128).

Le moyen de nullité pris de l'article 457 alinéa 3 CPC est subsidiaire au recours en réforme de telle sorte qu'il doit être examiné après celui-ci (Poudret, Wurzbürger et Halley, Procédure civile vaudoise, note 5 ad art. 457 CPC, p. 594, et note 2 ad art. 446 ch. 3 CPC, p. 565).

2. D'après l'article 457 alinéa 1<sup>er</sup> CPC, le Tribunal cantonal doit admettre comme constants les faits tels qu'ils ont été constatés par le jugement, à moins que la constatation d'un fait soit en contradiction avec les pièces du dossier. Il peut compléter les faits sur la base du dossier.

Les faits retenus par le premier juge ne sont pas contestés par les parties. Tout au plus la recourante soutient-elle que Leasindustria détiendrait un exemplaire signé par ses soins de l'"ordine di acquisto" et que ce document ne serait pas produit dans sa version définitive. Ces remarques ne correspondent toutefois pas au grief de contradiction entre faits constatés et pièces du dossier. En conséquence, l'autorité de recours peut se référer aux faits retenus par le premier juge.

3. Le litige porte sur la validité en tant que clause compromissoire de l'article 10 modifié de l'"ordine di acquisto".

L'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat dans lequel elle est insérée ou auquel elle se réfère est unanimement reconnue. Sous réserve des cas où une cause de nullité du contrat affecterait également la clause, la validité de la clause compromissoire doit donc être examinée pour elle-même (Lalive, Poudret

20.3.93

et Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, note 3 ad art. 147A, p. 49; JdT 1990 I 563, spéc. p. 566).

Une clause compromissoire ne peut être validement conclue que s'il y a eu accord de volonté entre parties pour soumettre un éventuel litige à un arbitrage. L'existence d'un tel accord doit être examinée selon les principes généraux du code des obligations, en particulier l'article 2 CO. Vu l'importance des conséquences d'une convention d'arbitrage, le juge se gardera d'admettre trop facilement la conclusion d'une telle convention (JdT 1990 I 563, spéc. p. 565).

En l'espèce, la clause compromissoire litigieuse tient lieu de convention d'arbitrage. Cette clause ne s'insère en effet pas dans une convention générale d'arbitrage.

Il convient de relever que la question de l'autorité compétente pour trancher un éventuel litige a été évoquée de façon évolutive dans deux documents différents dont l'un a été modifié par une partie.

Ainsi, en annexe à la confirmation de commande n° 88-5813 qu'elle a envoyée le 30 mars 1988 à Giacomo Ezio Mazzer, Nokia-Maillefer S.A. a joint des conditions générales de livraison qui, sous chiffre 17.1 prévoient que le for est au siège du fournisseur.

Puis, les conditions générales d'achat jointes à l'"ordine di acquisto" établi le 31 mars 1988 par Leasindustria prévoient dans leur teneur initiale que, pour tout litige éventuel, les parties conviennent d'accepter la compétence des tribunaux de Milan. Enfin, Milan a été remplacé par "Chambre internationale de commerce de Paris".

La question de l'autorité compétente pour trancher un éventuel litige n'a donc pas été réglée d'une manière claire et incontestable d'emblée.

Dans ce contexte évolutif et incertain, un accord de volonté quant au principe d'un arbitrage n'a pu, malgré tout, intervenir que si la clause compromissoire "finale", soit l'article 10 modifié, a un sens manifeste et certain. Il faut au moins que l'on puisse dégager, au vu des manifestations de volonté, une commune intention des parties. Or, vu la teneur de la clause, il n'est pas possible de voir quelle a été l'intention convergente des parties, en particulier quant à la convention d'arbitrage.

Dans sa teneur initiale, la clause litigieuse prévoit, sous le titre "for" la compétence des tribunaux (étatiques) de Milan. Seul le terme "Milan" est remplacé par la "Chambre internationale de commerce de Paris", sans aucune allusion à la suppression de la compétence des tribunaux étatiques et à leur remplacement par un arbitrage privé. La compétence de la Chambre internationale de commerce à Paris ne saurait être comprise comme la désignation d'un arbitre, alors que le mot arbitre ou arbitrage n'apparaît pas et que la Chambre internationale de commerce n'intervient pas elle-même comme arbitre. Seules des personnes physiques peuvent être arbitres, à l'exclusion d'une personne morale ou d'une collectivité; en particulier, une Chambre de commerce ne peut être désignée comme arbitre (Jolidon, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, p. 201). La recourante doit supporter les conséquences de l'ambiguïté et de l'obscurité de

la prétendue clause qu'elle a modifiée elle-même, voulant transformer une clause de prorogation de for en une clause compromissoire tenant aussi lieu de convention d'arbitrage. L'accord de l'intimé avec les modifications intervenues ne dissipe pas l'incertitude quant au sens de la clause et, dès lors, quant à l'accord.

Dans un cadre où la conclusion d'un accord ne saurait être admise trop facilement, il n'est pas admissible de se contenter d'une clause peu claire comme preuve d'un accord dont l'objet est incertain.

Des lors, il faut conclure que les parties n'ont pas conclu une convention d'arbitrage valable, ni une clause compromissoire d'ailleurs. Pour ce seul motif, la requête en déclinatoire devait déjà être rejetée. En conséquence, le recours en réforme doit l'être également.

Pour le surplus, les motifs développés par le premier juge sont convaincants et il convient de les confirmer en vertu de l'article 471 alinéa 3 CPC.

Les praticiens de l'arbitrage international auront sans doute quelque peine à se rallier à la solution retenue successivement par les deux juridictions vaudoises, peu favorables à la validité de la clause compromissoire. Pour notre part, nous nous limiterons à trois remarques:

a) Ni le premier juge ni l'autorité de recours n'ont résolu clairement et correctement la question du droit applicable. En effet, l'exception d'arbitrage soulevée devant un juge suisse en matière internationale est régie depuis 1989 par l'art. 7 LDIP à défaut de traité international, soit ici l'art. 2 de la Convention de New York, à l'exclusion du Concordat (Lalive/Poudret/Reymond, n. 1 ad art. 7 LDIP; Volken, IPRG Kommentar, n. 2 et 9 ad art. 7 LDIP, p. 56-57). En particulier, la forme de la clause compromissoire est régie exclusivement par l'art. 2 de la Convention de New York ou par l'art. 178 LDIP, mais en tout cas pas par l'art. 6 CIA appliqué par le premier juge (A. Bucher, p. 54, n. 137; Lalive/Poudret/Reymond, n. 3 ad art. 7 LDIP; Volken, IPRG Kommentar, n. 11-13 ad art. 7 LDIP, p. 53; Walter/Bosch/ Brönnimann, p. 86). En l'espèce, l'arbitrage éventuel devant se dérouler devant la CCI à Paris, seule la première de ces dispositions, qui consacre une règle uniforme pour la validité formelle de la convention d'arbitrage devant les tribunaux étatiques, nous paraît applicable.

b) S'il est exact que l'art. 2 de la Convention de New York ne prévoit encore que l'échange de lettres ou télégrammes, et non de télex, l'interprétation largement dominante y assimile ceux-ci (van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, Deventer 1981, p. 204-205, Volken, IPRG Kommentar, n. 12 ad art. 7 LDIP, p. 58; YCA 1994, p. 512-513). C'est dire que l'absence de signature sur le télex d'acceptation de la modification

litigieuse importait peu et qu'il n'y avait pas d'invalidité formelle. Le seul problème était celui du destinataire, traité au c. 3 de l'arrêt. Or, si le télex avait été adressé à la société de financement, et non au fournisseur, c'est parce que c'est elle qui devait établir l'"ordine di acquisto" modifié par le fournisseur. Celui-ci pouvait-il de bonne foi contester l'existence d'un accord sur la solution qu'il avait lui-même proposée, soit un arbitrage CCI.

c) Précisément, la Chambre des recours estime que la mention, à la place du for initialement proposé, de la "Chambre internationale de commerce à Paris" serait ambiguë et ne désignerait pas nécessairement un arbitrage CCI. Cette méconnaissance de la notoriété du rôle de cette institution en matière de règlements des litiges commerciaux internationaux ne peut que surprendre de la part d'une juridiction qui a eu à connaître de nombreux arbitrages CCI! On en voit d'ailleurs pas à quel autre titre la CCI aurait pu être substituée aux tribunaux de Milan. Le dernier argument, selon lequel la CCI ne pouvait fonctionner comme arbitre dès lors que "seules des personnes physiques peuvent être arbitres" est surprenant à un double titre. D'une part, il est notoire dans le monde judiciaire comme dans celui des affaires, que la CCI assure le règlement des litiges en organisant des arbitrages et non en arbitrant elle-même. D'autre part, le Tribunal cantonal vaudois méconnaît ici sa propre jurisprudence admettant qu'une personne morale peut être désignée comme arbitre (JdT 1991 III 94 = Bul. ASA 1991, p. 261). C'est dire que ni la solution ni sa motivation ne sont bien convaincantes.

### 3. Arrêt du 21 septembre 1993 dans la cause L. et F. c. P. (interne)

Recours sur la compétence. Pleins pouvoirs d'examen. Effets de la reprise d'une entreprise avec actifs et passifs sur la convention d'arbitrage. Survivance de la compétence de l'arbitre nonobstant une transaction partielle. Prescription selon la norme SIA. Absence d'arbitraire.

Art. 181 CO; 36 lit. b et f CIA.

Résumé des faits: Mandat de construire deux immeubles conféré en 1986 à deux architectes, membres de la SIA, travaillant en société simple. Compromis arbitral signé en 1988. Transaction partielle en 1989 réservant notamment d'éventuels défauts cachés, et fixant au 31 décembre 1992 le délai de garantie pour ceux-ci. Indication que les

architectes avaient constitué une société anonyme pour exploiter leur bureau. Reprise de la procédure arbitrale en décembre 1992. Exception d'incompétence et de prescription soulevées par les défendeurs. Sentence arbitrale préjudicielle écartant ces deux moyens et admettant la compétence de l'arbitre. Recours en annulation de cette sentence rejeté.

### En droit:

1. Le recours en nullité est ouvert auprès du Tribunal cantonal contre la décision incidente par laquelle le tribunal arbitral statue sur sa compétence (art. 3, lit. f, 9 et 36 lit. b du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 - CIA). Il en va de même du recours de l'article 36, lettre f, CIA, contre une sentence partielle jugeant une question de fond à titre préjudiciel (Lalive, Poudret et Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, n. 4 ad art. 32 et 1.1 ad art. 36 CIA, et les références). La procédure vaudoise, prévue par les articles 458 et suivants, est applicable (art. 45 al. 1<sup>er</sup> CIA et 432 al. 1<sup>er</sup> CPC).

Déposé en temps utile (art. 37 al. 1<sup>er</sup> CIA), par un acte conforme aux exigences de l'article 461 CPC, le recours est recevable.

2. a) L'autorité de recours revoit la question de la compétence du tribunal arbitral, donc la validité et l'interprétation de la convention d'arbitrage, avec un plein pouvoir d'examen (Lalive, Poudret et Reymond, *op. cit.*, n. 4 lit. b ad art. 36 CIA, p. 209, et les références).

b) Les recourants soutiennent qu'ils ne sauraient être tenus des défauts de l'immeuble en cause, puisque la société Bureaux L et F SA s'est substituée à eux. Quand bien même, comme l'a souligné l'arbitre, un tel grief concerne la légitimation passive des intéressés - qui est une question de fond - il met également en cause l'étendue de la validité du compromis arbitral.

Aux termes de l'article 181 CO, celui qui acquiert un patrimoine ou une entreprise avec actif et passif devient responsable des dettes envers les créanciers, dès que l'acquisition a été portée par lui à leur connaissance ou qu'il l'a publiée dans les journaux (al. 1<sup>er</sup>). Toutefois, l'ancien débiteur reste solidairement obligé pendant deux ans avec le nouveau; ce délai court, pour les créances exigibles, dès l'avis ou la publication, et, pour les autres créances, dès la date de leur exigibilité (al. 2).

La société Bureaux L et F SA a été constituée en décembre 1988. L'article 2 alinéa 3 de ses statuts prévoit qu'elle reprendra, avec effet au premier janvier 1989, les actifs et passifs de la société simple L et F. L'inscription au registre du commerce de Lausanne, de même que la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce du 12 janvier 1989, ne mentionnent toutefois qu'une reprise envisagée. Ces publications ne satisfont donc pas aux exigences de l'article 181 alinéa 1<sup>er</sup> CO (ATF 79 II 289, JdT 1954 I 197).