

ATF 142 III 239 | TF, 18.02.2016, 4A_84/2015*

Faits

Deux sociétés, avec siège à l'étranger, concluent pour la première fois un contrat de vente portant sur de l'acier. Le jour même de la signature du contrat, la société vendeuse envoie par e-mail à la société acheteuse un contrat-cadre, qui contient une clause arbitrale avec siège à Lugano et soumis aux Swiss Rules, en lui proposant de le signer. La société acheteuse envoie une version modifiée du contrat-cadre à la société vendeuse. Elle propose notamment de modifier la clause arbitrage en fixant le siège à Paris et en soumettant l'arbitrage à la CCI. La société acheteuse refuse cette proposition et maintient Lugano comme siège dans le projet du contrat-cadre. Deux versions modifiées du contrat-cadre sont ensuite échangées entre les parties, sans toutefois que la clause arbitrale ne soit à nouveau modifiée. Malgré ces nombreux échanges, les parties ne signent pas le contrat-cadre.

Suite à un différend, la vendeuse saisit la Cour de la Chambre de commerce et d'industrie du Tessin afin qu'elle nomme un arbitre pour résoudre leur litige. La Cour nomme un avocat genevois pour connaître du litige en tant qu'arbitre. L'acheteuse conteste la compétence de l'arbitre. Celui-ci rend une sentence partielle dans laquelle il se déclare compétent. Contre cette sentence, l'acheteuse forme un recours auprès du Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral doit déterminer si une convention d'arbitrage lie effectivement les parties, alors même que le contrat-cadre, dans lequel est contenue la convention d'arbitrage, n'a pas été conclu.

Droit

L'art. 178 al. 3 LDIP prévoit que la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né. Cette norme codifie le principe de l'autonomie de la clause arbitrale par rapport au contrat principal (principe dit de *separability*). Selon ce principe, la clause arbitrale ne suit généralement pas le sort du contrat principal.

En rejoignant l'opinion d'une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral considère que, dans des circonstances exceptionnelles, une convention d'arbitrage peut naître avant la conclusion du contrat principal dans lequel elle figure et ainsi exister même si ce contrat ne voit finalement pas le jour. Tel peut être le cas, notamment, lorsque des parties se sont échangées des projets qui révèlent une volonté commune de se soumettre à l'arbitrage, même si les pourparlers pour le contrat principal se poursuivent. Cette volonté commune peut ressortir du fait que les parties ont d'abord modifié la clause arbitrale, avant de s'envoyer plusieurs projets qui laissent cette clause inchangée.

En l'espèce, le Tribunal fédéral retient que l'arbitre a constaté la volonté commune et réelle des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage. Cette constatation de fait lie le Tribunal fédéral, qui confirme donc l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage n'ayant pas besoin d'être signée pour être valable (art. 178 al. 1 LDIP), le fait que le contrat-cadre qui la contient n'a pas été signé n'est pas pertinent.

En conclusion, la validité de la clause arbitrale est indépendante de la question de savoir si le contrat-cadre litigieux est venu à chef ou est resté à l'état de projet. Le Tribunal fédéral concède que cette solution peut menacer la sécurité juridique, dès lors que de simples échanges de projets pourraient ainsi avoir pour conséquence que deux parties se voient liées par une convention d'arbitrage. Il rappelle toutefois qu'une partie peut aisément se protéger en précisant, noir sur blanc, qu'elle ne s'estime en aucun cas liée par la clause arbitrale en discussion avant que les deux parties ne signent le contrat qui la contient.

Le Tribunal fédéral rejette le recours.

Note | Alborz Tolou

Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral s'arrête sur la question de savoir si les parties peuvent durcir les exigences de forme de la convention d'arbitrage et ainsi aller au-delà de l'art. 178 al. 1 LDIP. Sans trancher définitivement la question, le Tribunal fédéral semble se rallier à l'opinion de la doctrine qui considère que les parties peuvent convenir d'une forme conventionnelle plus stricte que celle de l'art. 178 al. 1 LDIP. Les parties pourraient ainsi subordonner la validité d'une clause arbitrale à la signature de toutes les parties et ainsi

reprendre la règle de l'art. 13 al. 1 CO. En tout état de cause, en précisant qu'une partie peut dire, lors des négociations sur la conclusion d'un contrat soumis à la forme écrite, qu'elle ne s'estime pas liée par la clause arbitrale tant que le contrat qui la contient n'est pas signé, le Tribunal fédéral admet *de facto* la possibilité de rattacher la validité d'une convention d'arbitrage à la signature des parties.

Proposition de citation : CLIAN HIRSCH, La validité d'une clause arbitrale incluse dans un contrat non conclu, in:

<https://lawinside.ch/206/>