Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Jugement commercial 2025TALCH15/00123

Audience publique du lundi, vingt-sept janvier deux mille vingt-cinq.

Numéro TAL-2021-01904 du rôle

Composition :

Anne LAMBÉ, Vice-présidente ;
Brice HELLINCKX,1er juge ;
Fernand PETTINGER, juge ;
Ken BERENS, greffier.

E n t r e :

la société anonyme de droit suisse **SOCIETE1.) AG**, établie et ayant son siège social à CH-ADRESSE1.) (Suisse), ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce du Canton du Tessin (Suisse) sous le numéro NUMERO1.),

demanderesse, aux termes de l'acte de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg en date du 29 octobre 2020,

comparant par la société à responsabilité limitée BONN & SCHMITT SARL, représentée aux fins des présentes par Maître Cédric BELLWALD, avocat à la Cour constitué, tous deux demeurant à Luxembourg,

et :

la société à responsabilité limitée de droit roumain **SOCIETE2.) SRL**, établie et ayant son siège social à ADRESSE2.) (Roumanie) ADRESSE2.), représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions, sinon par ses organes de gestion actuellement en fonctions, inscrite à l'Office national du registre du commerce, numéro d'immatriculation : NUMERO2.),

défenderesse, aux fins du prédit acte HOFFMANN du 29 octobre 2020,

comparant par Maître Christilla MARTINOT, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

1. Faits et procédure

Dans le cadre du projet « Cloche d'Or » à Gasperich, la société anonyme de droit suisse SOCIETE1.) AG (ci-après « SOCIETE1.) ») a conclu le 20 décembre 2017 un contrat de sous-entreprise avec le Consortium AM CRC (composé des sociétés SOCIETE3.), SOCIETE4.) et SOCIETE5.)) ayant pour objet la fourniture et la pose de menuiserie en aluminium ainsi que de murs rideaux pour ledit projet immobilier portant sur un centre commercial et des tours de logements.

En date du 14 décembre 2018, SOCIETE1.) a conclu un contrat de sous-sous-entreprise avec la société à responsabilité limitée de droit roumain SOCIETE2.) SRL (ci-après « SOCIETE2.) »), dénommé « *Contratto quadro di Sub-subappalto* », respectivement « *Accord cadre de Sous-sous-traitance* » dans sa version traduite (ci-après le « Contrat »), pour une partie du prédit projet immobilier.

Par acte d'huissier de justice du 29 octobre 2020, SOCIETE1.) a fait donner assignation à SOCIETE2.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile.

L'instruction de l'affaire, limitée à la question de la compétence du tribunal, a été clôturée par ordonnance de clôture en date du 19 septembre 2024 et l'affaire a été prise en délibéré à l'audience du 13 novembre 2024.

2. Prétentions et moyens des parties

A titre liminaire, le tribunal relève que le litige entre parties porte sur l'exécution du Contrat, mais qu'elles ont sollicité un jugement séparé sur la question de la compétence matérielle des juridictions luxembourgeoises en raison de la clause 16.2. du Contrat.

Il ne sera dès lors pas fait état, à ce stade, des prétentions et moyens des parties quant au fond du litige qui les oppose, étant encore précisé que les parties s'accordent pour dire que le Contrat est soumis au droit suisse conformément à son article 16.1.

Aux termes de son assignation, **SOCIETE1.)** soutient, en prenant appui sur l'article 176 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé (ci-après la « LDIP »), que la clause arbitrale contenue à l'article 16.2. du Contrat n'est pas valable, alors que le droit suisse impose de désigner le tribunal arbitral choisi dans la clause arbitrale, ce qui selon elle, n'est pas le cas en l'espèce.

Elle cite la jurisprudence suisse pour soutenir « *qu'une convention d'arbitrage est « pathologique » - et par conséquent nulle – si la clause contient une indication imprécise, incomplète, contradictoire ou erronée qui ne permet pas de déterminer, selon les règles sur l'interprétation des contrats, quelle était la volonté des parties* » et que « *la simple désignation d'un siège du tribunal arbitral en Suisse est insuffisante à satisfaire à la condition de précision exigée par le texte* ».

Elle ajoute que le Concordat sur l'arbitrage adopté par la Conférence des directeurs cantonaux de la justice le 27 mars 1969 (ci-après le « Concordat »), mentionné à l'article 16.2. du Contrat, a été abrogé suite à une réforme du Code de procédure civile suisse en 2011, de sorte que la clause arbitrale est également irrégulière de ce chef.

Elle demande dès lors au tribunal de déclarer nulle la clause arbitrale et de constater que les juridictions luxembourgeoises sont compétentes, sur base de l'article 5.1. de la « *Convention de Lugano* », pour connaître du litige entre parties.

A titre de demande accessoire, elle demande la condamnation de SOCIETE2.) au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et des frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de son mandataire affirmant en avoir fait l'avance.

En réponse aux moyens adverses, SOCIETE1.) affirme qu'outre l'identité des parties, l'accord d'arbitrer et l'indication du rapport de droit matériel soumis à l'arbitrage, la désignation du siège du tribunal arbitral est un élément essentiel d'une convention d'arbitrage dont l'imprécision rend la convention d'arbitrage pathologique, et par conséquent nulle et non avenue.

SOCIETE1.) réitère que la clause d'arbitrage contenue à l'article 16.2. du Contrat n'est pas valable, dans la mesure où elle ne détermine pas le tribunal arbitral choisi ni la manière de déterminer un tel tribunal arbitral ou les juges arbitraux, alors que le droit suisse impose la détermination du tribunal arbitral choisi.

SOCIETE1.) invoque la jurisprudence suisse pour affirmer que le contenu nécessaire d'une convention d'arbitrage n'est pas défini par la loi et qu'il faut que la volonté des parties de faire trancher certains litiges existants ou futurs par un tribunal arbitral soit exprimée. Pour que ce soit possible, le tribunal arbitral doit être déterminé ou déterminable, ce qui selon la demanderesse, n'est pas le cas en l'espèce, alors que la convention d'arbitrage prévue à l'article 16.2. du Contrat ne prévoit aucun mécanisme permettant de déterminer le siège du tribunal d'arbitrage.

SOCIETE1.) affirme encore, en substance, que même si l'ambiguïté d'une convention d'arbitrage n'entraine pas nécessairement sa nullité, la réelle volonté des parties doit pouvoir être déterminée en application des règles d'interprétation des contrats.

Or, en l'espèce la convention d'arbitrage contenue au Contrat fait référence à la « *juridiction suisse* », ce qui, selon la demanderesse, ne correspond pas à la désignation du siège du tribunal arbitral, qui pourrait se trouver n'importe où, de sorte que la réelle volonté des parties n'est donc ni déterminée, ni déterminable.

SOCIETE1.) se réfère également à l'article 176 alinéa 3 de la LDIP pour soutenir que si le siège n'a pas été déterminé par les parties, la désignation du siège peut aussi revenir à l'institution d'arbitrage, mais que cela présuppose évidemment que les parties aient désigné une institution d'arbitrage, voire un tribunal arbitral, compétents pour connaître le litige, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La demanderesse invoque encore le message du Conseil fédéral concernant la modification de la LDIP qui, dans l'hypothèse où les parties n'ont pas désigné le siège

et que les mécanismes de désignation de l'article 176 alinéa 3 de la LDIP ne permettent pas d'en définir un, retient que « *le plus souvent, la doctrine considère que, dans ce cas, la convention ne remplit pas les exigences minimales et qu'il n'est pas possible d'ouvrir une procédure d'arbitrage en Suisse* ».

Toujours selon SOCIETE1.), les parties n'ont prévu aucun mécanisme permettant de déterminer le siège de l'arbitrage, n'ont pas désigné l'institution d'arbitrage, ni défini des éléments permettant de déterminer le tribunal arbitral.

SOCIETE1.) argue dès lors que même l'application des règles sur l'interprétation des contrats ne permet pas de déterminer le siège du tribunal arbitral et que la convention d'arbitrage, telle que formulée au Contrat, ne contient donc aucun élément susceptible de permettre au juge de déterminer la réelle et commune intention des parties.

En outre, elle met en avant le fait qu'avant le 1er janvier 2021, la simple désignation du siège d'un tribunal arbitral en Suisse, sans indication plus précise dudit siège (comprenant au moins l'indication du canton choisi), était insuffisante pour satisfaire la condition de précision exigée par la LDIP et que ce n'est que le 1er janvier 2021, soit postérieurement à l'assignation commerciale du 29 octobre 2020, qu'est entré en vigueur le nouveau texte de l'article 179 alinéa 2 de la LDIP, ce texte prévoyant désormais un mécanisme pour contourner l'indication imprécise du « *siège du tribunal arbitral en Suisse* », de sorte qu'il y a lieu à application de la loi en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, en tenant compte de la jurisprudence et de la doctrine développées sous l'empire de cette loi, contrairement à ce que fait SOCIETE2.) qui se réfère au nouvel alinéa 2 de l'article 179 de la LDIP pour soutenir son argumentation.

SOCIETE1.) se réfère au droit luxembourgeois et notamment à l'article 2 du Code civil qui dispose que « *[l]a loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* », pour soutenir que les conditions de validité et les effets d'une situation juridique non réalisés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, restent régis par la loi ancienne en vertu du principe de non-rétroactivité.

Elle prend également appui sur une jurisprudence française aux termes de laquelle « *les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle ils ont été passés* » et argue que le principe de la survie de la loi ancienne signifie que la loi nouvelle ne peut en l'espèce pas avoir d'effet sur le Contrat qui se poursuit dans les mêmes conditions et selon la législation en vigueur au moment de la conclusion de celui-ci.

Selon elle, la remise en cause des situations valablement constituées sous l'empire de la loi ancienne contrevient aux exigences de sécurité juridique, de sorte que la loi nouvelle ne s'applique ni aux conditions de validité, ni aux effets passés d'une situation juridique légale ou contractuelle passée.

SOCIETE1.) termine en soutenant que la référence au Concordat dans l'article 16.2. du Contrat, alors que celui-ci a été abrogé, rend la clause arbitrale à plus forte raison encore invalide, cette référence ne représentant pas la réelle intention des parties de

soumettre le litige à une juridiction arbitrale, contrairement à l'argumentation de la défenderesse qui cite de la doctrine ancienne.

Par conséquent, SOCIETE1.) soutient qu'en présence d'une convention d'arbitrage nulle et non avenue, alors que la réelle et commune intention des parties n'est ni déterminée, ni déterminable, il y a lieu à application de l'article 5.1. de la Convention de Lugano pour en arriver à la conclusion que la juridiction compétente en l'espèce est celle du pays où l'objet du contrat a été exécuté, partant la juridiction luxembourgeoise.

Au dernier état de ses conclusions, dans lesquelles SOCIETE1.) maintient (i) que le chapitre 12 de la LDIP n'est applicable aux arbitrages internationaux que si le siège du tribunal arbitral désigné se trouve en Suisse et si, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, l'une des parties n'avait pas son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse, que (ii) le mécanisme pour contourner l'indication imprécise du siège en Suisse, entré en vigueur au 1er janvier 2021, n'est pas applicable en l'espèce et (iii) que la référence dans l'article 16.2. du Contrat au Concordat abrogé n'est pas de nature à établir la réelle volonté des parties, la demanderesse conclut à voir réserver les dépens de l'incident « *et de la mesure sollicitée* », et à voir dire qu'ils seront liquidés avec les autres à l'issue de l'instance.

Aux termes de ses premières conclusions, **SOCIETE2.)** soulève *in limine litis* l'incompétence matérielle du tribunal de céans en raison de la convention d'arbitrage conclue entre parties, figurant à l'article 16.2. du Contrat, sinon l'irrecevabilité de l'assignation.

Selon elle, comme le Contrat est soumis au droit suisse, conformément à son article 16.1., la question de la validité de la clause arbitrale de l'article 16.2. du Contrat est régie par le droit suisse et plus particulièrement par la LDIP.

Ainsi, selon la défenderesse, la clause arbitrale contient tous les éléments essentiels (« *essentialia negotii* » ou encore « éléments nécessaires ») d'une convention d'arbitrage et est par conséquent valable et opérationnelle au regard du droit suisse.

SOCIETE2.) se réfère à l'article 176 alinéa 1er de la LDIP aux termes duquel les dispositions du chapitre 12 de la LDIP s'appliquent à tout arbitrage (international) si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait, au moment de la conclusion de celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse. Elle argue que le chapitre 12 de la LDIP trouve donc à s'appliquer en l'espèce, alors que l'article 16.2. du Contrat désigne un siège du tribunal arbitral en Suisse et que SOCIETE2.) n'a pas et n'avait pas au moment de la conclusion du Contrat, son siège en Suisse.

La défenderesse se réfère ensuite à l'article 178 alinéa 1er de la LDIP qui prévoit qu'une convention d'arbitrage est valable si elle est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par texte, et soutient que cette condition est satisfaite en l'espèce, puisque la clause arbitrale fait partie du Contrat.

Elle se réfère encore à l'article 178 alinéa 2 de la LDIP qui prévoit qu'une convention d'arbitrage est valable, quant au fond, si elle répond aux conditions que pose soit le

droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse, pour soutenir qu'en l'espèce, les parties n'ont pas choisi de soumettre la convention arbitrale à un droit particulier, mais que le droit applicable au Contrat est le droit suisse, de sorte que c'est en vertu de celui-ci que la validité au fond de la clause d'arbitrage doit être examinée.

SOCIETE2.) affirme que les éléments essentiels de la convention d'arbitrage sont au nombre de deux, à savoir la volonté commune des parties d'arbitrer le litige et la détermination de l'objet du litige, et que ces deux conditions sont bien remplies en l'espèce.

Premièrement, selon elle, les parties ont exprimé de manière univoque, dans une clause du Contrat, qu'elles ont pris le soin d'inscrire en gras, leur volonté commune de soumettre à l'arbitrage tout litige découlant du Contrat et ont ainsi manifesté, réciproquement et de manière concordante, leur volonté de recourir à l'arbitrage, en accord avec l'article 1 du Code des obligations Suisse.

Deuxièmement, elle soutient que les parties ont déterminé l'objet du litige, alors que l'article 16.2. du Contrat prévoit que « *[t]out différend qui pourrait survenir entre les parties concernant l'interprétation, l'exécution et/ou la résiliation du présent contrat sera […] transmis au jugement d'un groupe spécial d'arbitrage* ».

Sur la désignation du siège de l'arbitrage, SOCIETE2.) fait valoir que si certains auteurs considèrent qu'une convention d'arbitrage doit en outre rattacher, directement ou indirectement, l'arbitrage à un ordre juridique, tel est bien le cas en l'espèce, alors que la convention d'arbitrage rattache l'arbitrage à l'ordre juridique suisse, l'article 16.2. du Contrat faisant référence à « *la juridiction suisse* ».

SOCIETE2.) argue encore qu'en droit suisse, les parties peuvent convenir du siège du tribunal dans la convention arbitrale ou par un accord ultérieur, sans exigence de forme, la désignation du siège de l'arbitrage ne faisant pas partie des éléments essentiels d'une convention d'arbitrage et pouvant être implicite ou tacite.

Elle s'appuie encore sur la doctrine pour affirmer qu'une convention d'arbitrage est valable même si le siège de l'arbitrage n'est pas expressément désigné et qu'elle est en tout état de cause valable lorsque les parties fixent simplement le siège de l'arbitrage en Suisse, sans indication du lieu exact.

Selon elle, une clause d'arbitrage incomplète, peu claire ou contradictoire (parfois appelée « *clause pathologique* ») n'est pas nulle si l'intention des parties d'arbitrer leur litige demeure claire.

SOCIETE2.) relève que l'article 176 alinéa 3 de la LDIP régit explicitement les situations dans lesquelles les parties n'ont pas déterminé de siège, ainsi que les situations dans lesquelles les parties font référence, dans la clause arbitrale, à un siège en Suisse, sans autre précision.

D'après elle, cette disposition confirme que les parties ne sont pas tenues de préciser le siège de l'arbitrage dans la clause arbitrale et que donc l'absence de désignation précise du siège n'emporte pas la nullité de la convention d'arbitrage.

SOCIETE2.) se base également sur l'article 179 alinéa 2 de la LDIP qui dispose qu'« *[à] défaut de convention ou si, pour d'autres raisons, les arbitres ne peuvent être nommés ou remplacés, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi. Si les parties n'ont pas déterminé de siège ou si elles ont seulement convenu que le siège du tribunal arbitral est en Suisse, le premier juge saisi est compétent* » et précise que l'article 179 alinéa 2 de la LDIP a été ainsi modifié, pour combler une loi lacunaire difficilement applicable et que la loi telle que modifiée est d'application immédiate, alors qu'il s'agit d'une « *loi de forme, visant à régler la procédure, et non pas d'une loi de fond régissant la responsabilité contractuelle des parties* ».

Sur la désignation de la loi d'arbitrage applicable, SOCIETE2.) argue que le chapitre 12 de la LDIP n'érige pas la désignation de la loi d'arbitrage applicable en condition de validité de la clause compromissoire, de sorte qu'une référence à une loi d'arbitrage qui n'est plus en vigueur n'affecte pas la validité de la convention d'arbitrage, surtout pas si la loi abrogée a été remplacée par une nouvelle loi qui s'applique de plein droit en raison du rattachement de l'arbitrage à l'ordre juridique suisse.

Ainsi, selon SOCIETE2.), si, dans le cadre d'un arbitrage international, la clause arbitrale se réfère au Concordat, alors même que celui-ci n'est plus en vigueur, c'est la LDIP qui a vocation à s'appliquer en vertu de son article 176 alinéa 1er et elle ajoute que le simple fait qu'il faille déterminer quelle loi s'applique en lieu et place du Concordat, si référence y est faite dans la clause arbitrale après son abrogation, implique qu'une telle référence n'emporte pas la nullité de la convention d'arbitrage.

SOCIETE2.) conclut donc principalement à l'incompétence matérielle du tribunal de céans pour toiser le litige et subsidiairement à l'irrecevabilité de l'assignation, alors que l'article 16.2. du Contrat est bien valable au regard du droit suisse et trouve à s'appliquer, cette clause arbitrale confiant à des arbitres la compétence pour toiser tout litige issu du Contrat et rendant le tribunal de céans matériellement incompétent pour connaître du présent litige.

Aux termes de ses dernières conclusions, SOCIETE2.) réitère ses moyens antérieurement exposés et plus particulièrement (i) que la convention d'arbitrage contenue à l'article 16.2. du Contrat est bien valable, la désignation du siège de l'arbitrage n'étant pas un élément essentiel de la convention d'arbitrage et son absence n'entachant pas la validité de la convention, puisque le siège fixé en Suisse est déterminable en application de la LDIP et plus précisément de son article 179 alinéa 2, immédiatement applicable et (ii) que la référence à l'article 16.2. du Contrat au Concordat pourtant abrogé n'a aucune incidence sur la validité de la clause, la LDIP ayant vocation à s'appliquer de plein droit en lieu et place du Concordat abrogé.

Elle sollicite également la condamnation d'SOCIETE1.) au paiement d'un montant de 25.235.- CHF, soit 26.692.- EUR, sous réserve d'augmentation en cours d'instance, pour les honoraires d'avocats compétents en droit suisse auxquels elle a été contrainte d'avoir recours afin d'exposer le contenu du droit suisse et ainsi défendre ses droits devant la juridiction devant laquelle elle a été assignée à tort.

Elle base sa demande sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, les frais exposés pour défendre ses droits constituant un préjudice réparable dans son chef, alors que

selon elle, SOCIETE1.) a fait preuve de mauvaise foi, sinon a agi avec une légèreté blâmable en engageant une procédure judiciaire devant les tribunaux luxembourgeois.

SOCIETE2.) sollicite enfin la condamnation d'SOCIETE1.) au paiement du montant de 7.500.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que la condamnation de celle-ci à tous les frais et dépens de la présente instance.

3. Motifs de la décision

La clause arbitrale litigieuse, contenue à l'article 16.2. du Contrat, se lit comme suit :

« *Tout différend qui pourrait survenir entre les parties concernant l'interprétation, l'exécution et/ou la résiliation du présent contrat sera soumis à la juridiction suisse et transmis au jugement d'un groupe spécial d'arbitrage conformément à la Convention d'arbitrage acceptée par la Conférence des directeurs des Dicastères cantonaux de justice le 27 mars 1969 du Canton du Tessin – Suisse (Recueil officiel des Lois du Canton du Tessin n°3.3.2.1.5) connue des parties* ».

Il ressort de l'ensemble des développements des parties que la compétence matérielle du tribunal de céans dépend de la question principale de la validité de la convention d'arbitrage contenue à l'article 16.2 du Contrat.

L'examen est ainsi restreint à la question de savoir si la convention d'arbitrage entre les parties constitue une manifestation de leur volonté commune de se soumettre à une juridiction arbitrale, en lieu et place du tribunal étatique saisi qui serait alors incompétent pour connaître du litige.

Il convient ainsi tout d'abord d'identifier les normes sur base desquelles le tribunal est amené à se prononcer sur la validité de l'article 16.2. du Contrat (a), étant rappelé que les parties s'entendent sur le fait que le Contrat est régi par le droit suisse, conformément à son article 16.1., de sorte que se pose la question de savoir quelles normes du droit suisse régissent la question de la validité d'une convention d'arbitrage.

Ensuite, le tribunal de céans sera amené à analyser les éléments essentiels que doit contenir une convention d'arbitrage en droit suisse, selon les normes applicables (b), avant d'apprécier si la clause sous analyse est une clause dite « *pathologique* » et quelles en seraient les conséquences sur sa validité (c).

a) Quant aux normes applicables aux conditions de validité de la convention d'arbitrage

Les parties se réfèrent à la LDIP et notamment aux articles 176 alinéa 1er, 176 alinéa 3, 179 alinéa 2, 178 alinéa 1er et 178 alinéa 2.

Il convient de préciser la portée de chacune de ces dispositions relativement à la question de la validité de la convention d'arbitrage dont le tribunal est saisi.

Ainsi, l'article 176 alinéa 1er de la LDIP - premier article sous le titre « *Chapitre 12 Arbitrage international* » - qui dispose que « *[l]es dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse* », ne régit pas les conditions de validité d'une convention d'arbitrage, mais établit notamment les conditions d'applicabilité du chapitre 12 de la LDIP qui vise les arbitrages internationaux.

En effet, aux termes de l'article 176 alinéa 1er de la LDIP les dispositions du chapitre 12 de la LDIP s'appliquent à tout arbitrage, qui sera donc un arbitrage international, si les deux conditions visées sont remplies, à savoir le siège du tribunal arbitral en Suisse et l'absence de domicile ou de résidence en Suisse de l'une des parties au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage.

L'article 176 alinéa 3 qui dispose que « *[l]es parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres déterminent le siège du tribunal arbitral* », ne régit pas non plus les conditions de validité d'une convention d'arbitrage, mais établit un mécanisme de détermination du siège du tribunal arbitral.

L'article 179 alinéa 2 concerne la compétence ancillaire du juge étatique pour la constitution du tribunal arbitral ou la nomination des arbitres. Il convient de noter que cette disposition a fait l'objet d'une modification entrée en vigueur le 1er janvier 2021.

Le texte de cet article dans sa version en vigueur avant le 1er janvier 2021 est le suivant :

« *À défaut d'une telle convention, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi; il applique par analogie les dispositions du [Code de procédure civile suisse] sur la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres* ».

La version applicable à partir du 1er janvier 2021 se lit comme suit :

« *À défaut de convention ou si, pour d'autres raisons, les arbitres ne peuvent être nommés ou remplacés, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi. Si les parties n'ont pas déterminé de siège ou si elles ont seulement convenu que le siège du tribunal arbitral est en Suisse, le premier juge saisi est compétent* ».

Les parties s'opposent quant à la question de savoir si le texte de l'article 179 alinéa 2 de la LDIP tel qu'en vigueur au 1er janvier 2021 est applicable au cas d'espèce ou si c'est l'ancienne version qui est applicable.

Force est de constater que l'article 179 alinéa 2 de la LDIP ne concerne pas les conditions de validité d'une convention d'arbitrage, mais traite de la constitution d'un tribunal arbitral, le cas échéant, par un juge étatique dans le cas où les parties à une convention d'arbitrage n'en auraient pas convenu ou n'auraient pas désigné d'institution d'arbitrage.

Il appartiendra donc à la juridiction, le cas échéant saisie de la question de la constitution d'un tribunal arbitral, de trancher la question de savoir quelle version de l'article 179 alinéa 2 de la LDIP est applicable.

L'article 178 alinéa 1er de la LDIP traite de la validité formelle d'une convention d'arbitrage et exige un écrit en les termes suivants : « *Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte* ».

En l'espèce, il n'y pas de contestations quant au fait que la convention d'arbitrage contenue à l'article 16.2. du Contrat est passée en la forme écrite, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'analyser plus avant cet aspect, mais de retenir que la clause arbitrale entre parties remplit les conditions de forme prescrites par le droit suisse applicable.

L'article 178 alinéa 2 de la LDIP traite de la validité quant au fond d'une convention d'arbitrage en ces termes : « *Quant au fond, [une convention d'arbitrage] est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse* ».

En l'espèce, à défaut de choix spécial opéré par les parties, il convient de retenir que la convention d'arbitrage litigieuse, passée en la forme écrite, est valable si elle répond aux conditions de fond que pose le droit régissant l'objet du litige, c'est-à-dire le droit applicable au Contrat qui est le droit suisse.

Les normes applicables à la question de validité au fond de la clause d'arbitrage en droit suisse sont donc à chercher au-delà de la LDIP.

Dès lors qu'il n'existe pas en droit suisse de loi définissant spécialement les conditions de validité au fond d'une convention d'arbitrage, il convient de se baser sur les règles régissant les conditions générales de validité d'une convention entre parties, soit sur les dispositions du Code des obligations suisse (ci-après le « CO »), en s'inspirant notamment de la doctrine et de la jurisprudence idoines.

Dans un arrêt du 15 septembre 2015 (référence 4A_136/2015), le Tribunal fédéral[1] a retenu, en se référant à un arrêt du 17 avril 2013 (référence 4A_515/2012), que « *[l]a convention d'arbitrage est un accord par lequel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'entendent pour confier à un tribunal arbitral ou à un arbitre unique, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litige(s) existant (compromis arbitral) ou futur(s) (clause compromissoire) résultant d'un rapport de droit déterminé. Il importe que la volonté des parties d'exclure la juridiction étatique normalement compétente au profit de la juridiction privée que constitue le tribunal arbitral y apparaisse* ».

S'agissant de la méthode d'interprétation à mettre en œuvre en matière de clauses arbitrales, le Tribunal fédéral a retenu, dans le même arrêt, ce qui suit : « *[e]n droit*

[1] Les arrêts du Tribunal fédéral suisse sont référencés par l'abréviation « ATF ».

suisse, l'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats. Le juge s'attachera, tout d'abord, à mettre au jour la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir. Déterminer ce qu'un cocontractant savait ou voulait au moment de conclure relève des constatations de fait ; la recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 131 III 606 considérant 4.1, p.611). Si le juge parvient à établir une volonté réelle et concordante des parties, il s'agit d'une constatation de fait qui lie le Tribunal fédéral. S'il n'y parvient pas, il recherchera alors, en appliquant le principe de la confiance, le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 140 III 134 considérant 3.2; ATF 135 III 295 considérant 5.2, p. 302 et les arrêts cités)). Supposé que l'application de ce principe n'aboutisse pas à un résultat concluant, des moyens d'interprétation subsidiaires pourront être mis en œuvre, telle la règle dite des clauses ambiguës en vertu de laquelle le contrat s'interprète, en cas de doute, en défaveur de son rédacteur (Unklarheitsregel, in dubio contra stipulatorem ou proferentem (ATF 124 III 155 considérant 1b, p. 158 et les arrêts cités). Au demeurant, si l'interprétation aboutit à la conclusion que les parties ont voulu soustraire à la juridiction étatique le litige qui les divise pour le faire trancher par un tribunal arbitral, mais que des divergences subsistent au sujet du déroulement de la procédure d'arbitrage, force est alors de faire intervenir le principe d'utilité (Utilitätsgedanke), c'est-à-dire de donner à la clause pathologique un sens qui permette de maintenir la convention d'arbitrage (ATF 138 III 29 considérant 2.3.3 [condition réalisée]; arrêts 4A_388/2012 du 18 mars 2013 considérant 3.4.3 et 4A_244/2012 du 17 janvier 2013 considérant 4.4 [condition non réalisée]) ».

Cette méthode permet ainsi au tribunal de céans de mettre en œuvre le droit suisse pour trancher la question de la validité au fond de la convention d'arbitrage prévue au Contrat. Il convient de commencer par l'identification des éléments essentiels d'une convention d'arbitrage en droit suisse.

b) Quant aux éléments essentiels

Les positions des parties divergent sur la question de savoir si la désignation du siège de l'arbitrage, du tribunal arbitral, fait partie des éléments essentiels d'une convention d'arbitrage selon le droit suisse.

SOCIETE1.) invoque ainsi le manque de détermination précise du siège du tribunal arbitral pour remettre en question la volonté commune des parties de soumettre leur(s) litige(s) à l'arbitrage, tandis que SOCIETE2.) soutient qu'en droit suisse les parties peuvent encore fixer le siège du tribunal arbitral par un accord ultérieur à la convention d'arbitrage elle-même, la désignation du siège de l'arbitrage ne faisant dès lors pas partie des éléments essentiels d'une clause arbitrale, le rattachement à l'ordre juridique suisse étant suffisant pour conclure à la validité de la clause litigieuse.

Tel que cela résulte de l'arrêt du Tribunal fédéral précité du 15 septembre 2015, il est admis que des parties sont valablement liées par une convention d'arbitrage, lorsque les parties à la convention d'arbitrage et le ou les litige(s) couvert(s) par la convention

sont déterminés et que les parties ont manifesté la volonté de se soumettre à une juridiction arbitrale.

Il en résulte qu'une convention d'arbitrage doit permettre l'identification des parties et du/des litige(s) concernés et doit contenir la volonté de ces parties de soustraire ce(s) litige(s) de la compétence des juridictions étatiques, pour les soumettre à une instance arbitrale.

Le siège du tribunal arbitral ne fait donc pas partie des éléments essentiels d'une convention d'arbitrage, tel que cela est confirmé par la doctrine et notamment les auteurs Gabrielle Kaufmann-Kohler et Antonio Rigozzi dans leur ouvrage « Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP » (2ème édition, 2010).

Ces auteurs retiennent que « *la désignation du siège peut être direct ou indirecte* » et que « *les parties peuvent choisir le siège de l'arbitrage de manière directe dans la clause d'arbitrage, hypothèse la plus courante, ou par un accord ultérieur* (*cf. op. cit.*, point 115) ou « *indirectement par référence à un règlement d'arbitrage prévoyant le pouvoir de l'institution de fixer le siège* » (point 116).

Par ailleurs, « *La désignation du siège du tribunal arbitral n'est soumise à aucune forme ; elle peut être expresse ou tacite* » (point 114).

Par contre, « *[i]l faut […] que la convention d'arbitrage rattache l'arbitrage à un ordre juridique de manière directe (arrêt 4P.253/2003 du 25 mars 2004, RSDIE 2005, p.222, 224). Cette exigence a pour but d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage. L'ordre juridique prévoira notamment un mécanisme permettant la mise en œuvre de l'arbitrage lorsque l'une des parties refuse de collaborer (cf. Poudret/Besson, n°157, pp. 125-126). […], le rattachement à l'ordre juridique suisse se fait par la fixation du siège du tribunal de l'arbitrage en Suisse […]* » (*cf. op.cit.*, point 175).

En tenant également compte du Message du Conseil fédéral suisse du 24 octobre 2018 concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12 : Arbitrage international), n°18.076, émis dans le contexte de la réforme de la LDIP (pièce n°65 de Maître Bellwald), suivant lequel « *[l]es représentants de la doctrine dominante doivent toutefois reconnaître que la définition du lieu d'arbitrage ne fait pas partie des points essentiels de la convention (essentialia negotii), même si la loi recourt plusieurs fois à la notion de siège* » (*cf.* page 7181 dudit message), le tribunal fait sienne l'énumération des éléments essentiels d'une convention d'arbitrage reprise par les auteurs Kaufmann-Kohler et Rigozzi : « *La loi ne définit pas le contenu nécessaire d'une convention d'arbitrage. On subordonne généralement l'existence d'une convention d'arbitrage à quatre éléments : [a] la détermination des parties à la convention d'arbitrage, [b] la détermination du ou des litige(s) couvert(s) par la convention, [c] la volonté d'arbitrer et [d] le rattachement à un ordre juridique* » (*cf. op.cit.*, point 166).

En l'espèce, il ressort du texte de la convention d'arbitrage et des positions des parties, que les parties ainsi que le ou les litige(s) couvert(s) par la convention d'arbitrage sont déterminés.

Il en va autrement du rattachement de la convention d'arbitrage à un ordre juridique.

L'efficacité d'une convention d'arbitrage est conditionnée par un rattachement à un ordre juridique et, en substance, SOCIETE1.) conteste la réelle et commune intention des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, au motif que les parties n'ont prévu aucun mécanisme permettant de déterminer le siège de l'arbitrage, n'ayant pas désigné l'institution d'arbitrage, ni défini des éléments permettant de déterminer le tribunal arbitral, SOCIETE2.) indiquant que ce rattachement résulte des termes de la clause elle-même.

Pour rappel, la clause reprise à l'article 16.2. du Contrat énonce que tout différend relatif au Contrat « *sera soumis à la juridiction suisse et transmis au jugement d'un groupe spécial d'arbitrage* » conformément au Concordat connu des parties.

Cette clause n'est donc pas claire, mais incomplète, et reçoit en droit suisse la qualification de « *clause pathologique* ». Il appartient dès lors au tribunal d'en analyser les conséquences sur la validité de la clause d'arbitrage prévue à l'article 16.2. du Contrat.

c) Quant à la clause dite « *pathologique* »

Pour rappel, SOCIETE1.) estime que la clause d'arbitrage est en quelque sorte doublement pathologique en ce que le siège de l'arbitrage n'est pas prévu et en ce que la clause renvoie au Concordat qui était abrogé bien avant la conclusion du Contrat, de sorte que la nullité de la convention d'arbitrage s'impose.

SOCIETE2.), pour sa part, estime que la clause d'arbitrage est parfaitement applicable, nonobstant l'absence de désignation exacte du siège de l'arbitrage, qui n'est pas un élément essentiel d'une convention d'arbitrage, et alors que la LDIP en son article 179 alinéa 2 (nouvelle version) régit les situations dans lesquelles les parties font référence à un siège « en Suisse ». De même, elle est d'avis que le fait que la clause d'arbitrage liant les parties mentionne le Concordat qui est abrogé, est sans incidence.

Le Tribunal fédéral a retenu ce qui suit dans un arrêt du 7 novembre 2011 : « *Bestimmungen in Schiedsvereinbarungen, die unvollständig, unklar oder widersprüchlich sind, gelten als pathologische Klauseln. Sofern sie nicht zwingende Elemente der Schiedsvereinbarung zum Gegenstand haben, namentlich die verbindliche Unterstellung der Streitentscheidung unter ein privates Schiedsgericht, führen sie nicht ohne Weiteres zu deren Ungültigkeit. Vielmehr ist vorerst durch Auslegung und allenfalls Vertragsergänzung in Anlehnung an das Vertragsrecht nach einer Lösung zu suchen, die den grundsätzlichen Willen der Parteien respektiert, sich einer Schiedsgerichtbarkeit zu unterstellen* (BGE 130 III 66, E. 3.1, S.71) » (*cf.* pièce n°11 de Maître Martinot).

Donc, pour autant qu'elles n'aient pas pour objet des éléments devant impérativement figurer dans une convention d'arbitrage, de telles clauses n'entraînent pas nécessairement la nullité des conventions d'arbitrage dans lesquelles elles figurent.

Dans le cadre de l'examen de sa compétence, le tribunal tient à préciser qu'il n'est pas saisi de la mise en œuvre de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire qu'il

n’appartient pas au tribunal de céans de déterminer quel est l’ordre juridique auquel la convention d’arbitrage se rattache, quel est le siège du tribunal arbitral, quelle loi d’arbitrage s’applique ou encore comment le tribunal arbitral doit être constitué.

L’appréciation du tribunal se limite à l’analyse de la validité de l’article 16.2. du Contrat, afin de déterminer s’il existe une convention d’arbitrage entre les parties qui soustrait leur litige de la juridiction d’un juge étatique, en l’occurrence la juridiction luxembourgeoise.

Conformément à la méthode d’interprétation identifiée ci-dessus, il convient tout d'abord, de mettre au jour la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations éventuellement inexactes dont elles ont pu se servir. Il s’agit de procéder à l’interprétation subjective de l’article 16.2. du Contrat pour déterminer si les pathologies soulevées par SOCIETE1.) sont de nature à annihiler la volonté commune des parties de se soumettre à une juridiction arbitrale.

Le tribunal constate que l’article 16.2. du Contrat est rédigé en caractères gras et se trouve sur la même page que les signatures des parties.

Il est également constant en cause que le Contrat a fait l’objet de négociations, afin d’atteindre une concordance de volonté des parties, sur base d’un projet rédigé par SOCIETE1.).

En outre, le caractère international du Contrat plaide également en faveur de la volonté des parties de désigner une juridiction arbitrale privée. Il est en effet tout à fait plausible que deux sociétés ayant leur siège respectif en Suisse et en Roumanie aient souhaité recourir à un arbitrage privé plutôt que de se soumettre à la juridiction d’un tribunal étatique pour connaître de leur litige.

L’ensemble de ces éléments constituent des indices concordants permettant d’identifier la réelle et commune intention des parties de soustraire tout litige lié au Contrat d’une juridiction étatique et au contraire établissent leur volonté de se soumettre à une juridiction arbitrale.

Le tribunal rappelle que les pathologies soulevées par SOCIETE1.) concernent des éléments non essentiels à la validité d’une convention d’arbitrage, la détermination précise du siège de l’arbitrage ainsi que la détermination de la loi d’arbitrage ne constituant pas des conditions de validité d’une convention d’arbitrage, mais permettant d’en assurer l’efficacité.

Le moyen d’SOCIETE1.) selon lequel lesdites pathologies sont de nature à annihiler la volonté de se soumettre à une juridiction arbitrale est partant à rejeter.

Il convient par ailleurs de mentionner ici que dans le cas où des divergences subsistent au sujet du déroulement de la procédure d'arbitrage, il convient de se référer au principe d'utilité (*Utilitätsgedanke*), c'est-à-dire de donner à la clause pathologique un sens qui permet de maintenir la convention d'arbitrage.

En outre, à défaut de convention entre les parties - qui peut d'ailleurs être postérieure à la naissance du litige -, le droit suisse prévoit des mécanismes permettant de mettre en œuvre la volonté des parties de faire trancher leur litige par un tribunal arbitral. Il s'agit notamment du recours à un « *juge d'appui* » conformément aux dispositions de l'article 179 alinéa 2 de la LDIP, recours d'ailleurs prévu dans les deux versions de l'article invoquées par les parties, ou encore de l'article 355 (2) du Code de procédure civile, par analogie aux règles applicables en matière d'arbitrage interne.

Il y a ainsi lieu de retenir que la convention d'arbitrage conclue entre des personnes capables de compromettre forme la loi des parties et doit partant être observée par elles.

Les conséquences de cette conclusion quant à la validité de la convention d'arbitrage liant les parties sur la compétence du tribunal saisi s'apprécient, en tant que règle de procédure, selon la loi du for.

La clause compromissoire et le compromis ont en commun pour effet de rendre incompétentes les juridictions étatiques à juger le litige. L'incompétence judiciaire implique nécessairement la compétence des arbitres, investis par le compromis ou par la clause compromissoire ordinaire. Cette dernière engendre d'emblée l'incompétence des juges ordinaires quand bien même le tribunal arbitral n'aurait pas encore été constitué par compromis conclu en exécution de cette clause (*cf.* JurisClasseur, Procédure civile, Fasc. 1800-60 : Arbitrage, Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire).

Les juridictions saisies au mépris de la clause ou du compromis doivent se déclarer incompétentes à la demande de l'une des parties (*ibidem* et jurisprudence y citée ; TAL, 27 février 1987, jugement n°111/87 cité dans TAL 17 juin 2004, n°82308 du rôle)

- **Conclusion**

Au regard des développements qui précèdent, il y a lieu de retenir que les parties sont en l'espèce valablement liées par une convention d'arbitrage contenue à l'article 16.2. du Contrat et régissant le litige soumis au tribunal de céans qui doit dès lors se déclarer matériellement incompétent pour connaître des demandes réciproques des parties.

4. Les demandes reconventionnelle et accessoires

Le sort de la demande reconventionnelle suit en principe le sort de la demande principale. Ainsi, si le tribunal saisi de la demande principale est incompétent pour en connaître, la demande reconventionnelle devient normalement irrecevable (*cf.* Cour 16 juin 2004, n°26906 du rôle). Cette solution est justifiée par le caractère incident de la demande reconventionnelle et le rapport qui en résulte à l'égard de la demande principale.

Il n'est fait exception à ce principe que lorsque la demande reconventionnelle perd son caractère accessoire ou incident pour remplir une fonction indépendante. Tel est le cas si celle-ci ne tend non seulement à faire échec, en tout ou en partie, à la

demande principale, mais si elle tend à procurer au demandeur sur reconvention un avantage entièrement distinct du simple rejet de la demande principale.

Dans ce cas, la demande reconventionnelle acquiert un caractère principal et partant une autonomie procédurale propre qui fait que son sort n'est plus lié à celui de la demande principale et qu'elle peut y survivre (*cf.* T.Hoscheit, L'évolution du litige au cours de l'instance judiciaire *in* Bulletin du cercle François Laurent II/2004 et les références y citées).

En l'espèce, le sort de la demande reconventionnelle est lié à celui de la demande principale, de sorte que l'incompétence matérielle du tribunal de céans pour statuer sur la demande principale d'SOCIETE1.) emporte son incompétence pour statuer sur la demande reconventionnelle de SOCIETE2.), alors que cette demande est la conséquence de la demande principale formulée à son encontre devant les juridictions luxembourgeoises matériellement incompétentes.

Au contraire, la demande en obtention d'une indemnité de procédure formulée par SOCIETE2.) a une existence propre et l'incompétence matérielle du tribunal de céans pour connaître de la demande principale d'SOCIETE1.) n'entraîne pas sa disparition.

Au vu de l'issue du litige, la demande de SOCIETE2.) en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à déclarer fondée dans son principe, alors qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens. Néanmoins, le tribunal estime que le montant réclamé de 7.500.- EUR est surfait et évalue l'indemnité de procédure à allouer *ex aequo et bono* au montant de 2.500.- EUR.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée par SOCIETE1.) dans son assignation et ses premières conclusions est quant à elle à rejeter au vu également de l'issue du litige.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, suivant la procédure civile, statuant contradictoirement,

se déclare matériellement incompétent pour connaître de la demande de la société anonyme de droit suisse SOCIETE1.) AG à l'encontre de la société à responsabilité limitée de droit roumain SOCIETE2.) SRL, ainsi que pour connaître de la demande reconventionnelle de la société à responsabilité limitée de droit roumain SOCIETE2.) SRL à l'encontre de la société anonyme de droit suisse SOCIETE1.) AG,

dit la demande de la société à responsabilité limitée de droit roumain SOCIETE2.) SRL sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile partiellement fondée,

condamne la société anonyme de droit suisse SOCIETE1.) AG à payer à la société à responsabilité limitée de droit roumain SOCIETE2.) SRL la somme de 2.500.- EUR de ce chef,

rejette la demande de la société anonyme de droit suisse SOCIETE1.) AG sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société anonyme de droit suisse SOCIETE1.) AG aux frais et dépens de l'instance.