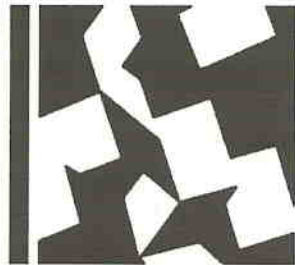


Impressum

Sébastien Bettschart

CEDIDAC
Université de Lausanne
1015 Lausanne
021 / 692 28 50 (tél.)
021 / 692 28 55 (fax)
sebastien.bettschart@
droit.unil.ch



Bulletin d'information N° 27

Septembre 1996

DROIT DES SOCIÉTÉS ET ARBITRAGE INTERNATIONAL TRANSPARENCE (*DURCHGRIFF*) ET CLAUSE ARBITRALE

L'arrêt du Tribunal fédéral, dont certains considérants sont reproduits ci-dessous en traduction, précise la jurisprudence de l'arrêt "Swissair" (ATF 120 II 331). Dans la présente cause, une partie avait ouvert une procédure arbitrale contre la maison mère de son cocontractant en s'appuyant sur la théorie de la transparence (*Durchgriff*)¹. Cette situation soulève les deux questions essentielles suivantes. A quelles conditions une société mère doit-elle répondre des engagements de sa filiale (c. 6a) ? Peut-on étendre la portée subjective d'une clause arbitrale à une personne qui n'est pas partie au contrat (c. 6b et 7) ?

Nous remercions M^e Philippe Schweizer de nous avoir aimablement communiqué ce jugement.

Faits

A. Contrat d'entreprise conclu le 20 septembre 1980 entre une société X (maître d'oeuvre) et un consortium A, composé entre autres d'une société B. Lors de la procédure de soumission, les sociétés M et N ont sollicité avec succès la sous-traitance d'une partie du projet.

Contrat sur ce point conclu le 20 mai 1988 entre d'une part M et N et d'autre part la société C - filiale de B basée dans le même pays que les sociétés M et N - qui n'est pas partie au consortium A. Clause arbitrale en faveur de la Cour internationale d'arbitrage, avec siège en Suisse.

B. En décembre 1990, M et N ouvrent chacune une procédure d'arbitrage contre B et C. Pour chaque procédure est constitué un tribunal arbitral avec siège en Suisse. B soulève l'exception d'incompétence dans les deux procédures en invoquant qu'elle n'est pas partie au contrat du 20 mai 1988 et que l'on ne saurait invoquer contre elle la clause arbitrale prévue dans ce contrat.

Par deux décisions incidentes du 25 octobre 1994, le tribunal arbitral se déclare incompétent pour juger des demandes dirigées contre B et décide la poursuite de la procédure entre chacune des demanderessees et la défenderesse C.

C. Les deux décisions incidentes sont attaquées par M et N

¹ Cf. HRANT HOVAGEMYAN, Transparence et réalité économique des sociétés, CEDIDAC n° 30, Lausanne 1994.

devant le Tribunal fédéral dans des recours de droit public (art. 190 al. 2 *lit.* b LDIP). Les recours, dirigés aussi bien contre B que C, tendent à l'annulation des décisions incidentes; le tribunal arbitral devrait être déclaré compétent en ce qui concerne la demande dirigée contre B.

B conclut au rejet des recours dans la mesure où ils sont recevables.

C conclut à l'irrecevabilité des recours dans la mesure où ils sont dirigés contre elle.

Extrait des considérants

1. Langue de la procédure lorsque la décision attaquée est en anglais et que les parties s'expriment chacune dans une langue officielle différente ? En principe, celle du recourant (cas non réglé par l'art. 37 al. 3 OJF).
2. Les motivations de chacun des recours et celles des décisions rendues dans les procédures arbitrales ont chaque fois un contenu identique. Il en découle que l'appréciation des deux recours doit aussi être identique, raison pour laquelle il convient de réunir les deux procédures devant le Tribunal fédéral et de décider des deux recours dans un seul et même jugement (ATF 113 Ia 161 c. 1 [fr.]; ATF 108 Ia 22 c. 1 [fr.]).
3. Sûretés en garantie des dépens de la partie adverse lors de procédures par voie de circulation (art. 36b et 150 al. 2 OJF; ATF 79 II 295 [JdT 1954 I 528] c. 3) ? Non.
4. Comme le tribunal arbitral s'est déjà déclaré compétent en ce qui concerne C, il manque sur ce point aux recourantes un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision incidente. Le recours est irrecevable dans la mesure où il est dirigé contre C (art. 88 OJF; ATF 116 II 721 [JdT 1992 I 46] c. 6).
5. Dans les décisions attaquées, le tribunal arbitral estime que C, contrairement à ce que prétendent les recourantes, n'a pas agi comme *représentante* de B lors de la conclusion du contrat du 20 mai 1988. Le tribunal arbitral a constaté que C était une filiale de B, dotée d'un capital-actions propre et d'un patrimoine distinct, dont les activités commerciales étaient indépendantes et qui disposait d'un personnel considérable. Bien que de telles filiales soient fondées dans certains pays uniquement pour satisfaire les exigences locales de capacité juridique des personnes

morales, elles sont juridiquement indépendantes. Le simple fait qu'une filiale apparaisse dans les prospectus et les contrats comme *representative* de la société mère ne suffit pas à engager directement celle-ci pour les actes juridiques de sa filiale. Lors de la conclusion du contrat, les recourantes aussi étaient convaincues de contracter avec C et non avec B. Selon un contrat de sous-traitance du 6 octobre 1987, C avait d'ailleurs été autorisée par B à conclure un sous-contrat dans ce contexte. X a approuvé cette manière d'agir. Le fait que B soit intervenue au cours de l'exécution du contrat s'explique par sa responsabilité en tant qu'entrepreneur principal et ne prouve aucune relation contractuelle directe. Dans les décisions attaquées, les recourantes font valoir que la terminologie utilisée n'est pas toujours univoque et précise. Cela est sans importance en ce qui concerne la conscience qu'avaient les recourantes de conclure un contrat avec C. Finalement, les constatations de fait démontrent que C était la sous-traitante de B et que les recourantes ont conclu avec C le contrat du 20 mai 1988 en connaissance de ce fait.

Les recourantes reprochent au tribunal arbitral une appréciation unilatérale et distordue des relations existantes. Pour elles, il ressort clairement des éléments de fait que C doit être identifiée à B, qu'elle a tenu un rôle de boîte aux lettres en tant que représentante du consortium A - et donc aussi de B - d'autant plus qu'elle n'a jamais été reconnue par X comme une sous-traitante indépendante. Il lui aurait manqué des preuves réellement décisives pour arriver à la conclusion qu'elles-mêmes étaient toujours parties de l'idée que C était leur seule partenaire.

a) Contrairement à l'art. 36 *lit. f* du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (SR 279), sans conteste inapplicable au présent litige, qui prévoit le grief d'arbitraire pour des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier, l'art. 190 al. 2 LDIP restreint considérablement les motifs de recours. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, même des constatations de fait visiblement erronées ne permettent pas à elles seules de conduire à l'annulation de la sentence arbitrale (ATF 121 III 331 c. 3a [all.] et les références citées). (...)

b) Le Tribunal fédéral ne peut entrer en matière sur les griefs des recourantes lorsqu'elles prétendent que les constatations de fait du tribunal arbitral sont inexacts, arbitraires ou contraires au dossier. (...)

Compte tenu des constatations de fait du tribunal arbitral, le Tribunal fédéral doit partir de l'idée que C avait la volonté reconnaissable pour les recourantes de conclure en son propre nom le contrat du 20 mai 1988. Il ne peut recevoir l'objection fondée sur le fait que C était la représentante de B. (...)

6. D'après les recourantes, la compétence du tribunal arbitral peut, indépendamment de l'existence d'une relation de représentation, se déduire du principe de la transparence (*Durchgriff*) que B devrait se laisser opposer. L'argumentation se fonde essentiellement sur le droit suisse. Comme les intimées se réfèrent aussi au droit suisse, le Tribunal fédéral s'en tiendra à celui-ci.

a) Il est reconnu en doctrine que dans les groupes de sociétés la responsabilité d'une société mère pour les engagements d'une filiale peut résulter du principe de la transparence. La *transparence* signifie dans un sens général que l'indépendance juridique d'une personne morale n'est pas reconnue et que l'on tient en revanche pour juridiquement déterminante la réalité économique (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, p. 938 n° 48; MERZ, Berner Kommentar, Art. 2 CC n° 290). D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les relations qui existent au sein d'un groupe de sociétés n'aboutissent pas à elles seules à obliger la société mère pour les contrats de sa filiale. En règle générale, il faut qu'en plus un *lien consensuel indépendant* se soit noué entre la société mère et le cocontractant (ATF non publié du 11 juin 1992 dans la cause R.D.M.F. Inc. contre S.G.S. SA c. 3 avec les références à SILVIO CAFLISH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, thèse, Zurich 1961, p. 263; MARKUS DENNLER, Durchgriff im Konzern, thèse, Zurich 1984, p. 45; BOSMAN, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, in Schweizerische Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Zurich 1984, p. 85). On ne peut en général s'écarter de cette exigence que s'il est *abusif* d'invoquer l'indépendance juridique de la filiale (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, p. 938 n° 48 et p. 964 ss n° 47 ss).

Au regard de la question à traiter ici, la problématique de la transparence doit être précisée selon la *méthode utilisée*. Par exemple, on ne peut pas considérer comme un cas de transparence la

responsabilité de la société mère qui repose sur un fondement différent, comme la confiance qu'elle a suscitée chez un tiers (ATF 120 II 331 [JdT 1995 I 359] c. 5a : arrêt "Swissair"). Il en va de même si l'on peut interpréter la déclaration de volonté de la société mère dans le sens que les droits et les obligations doivent également valoir pour elle (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, p. 970 n° 93 s; KARSTEN SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 2^e éd., p. 194 ss). On citera également les cas où une disposition légale, d'après son sens et son but, vise non seulement la filiale mais aussi directement la société mère (SCHMIDT, p. 196 ss) ou lorsque la délimitation des sphères de compétence juridique et des patrimoines respectifs des sujets de droit dominants et dominés ne permet plus d'en appeler à une séparation juridique (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, p. 968 n° 80, SCHMIDT, p. 201 ss). Dans tous ces cas, ce n'est pas l'indépendance de la personne morale qui est mise en cause mais seulement sa capacité juridique exclusive, active ou passive, au sens de la titularité du droit litigieux. La société mère dominante n'est pas obligée ou légitimée *à la place* de la filiale mais *à côté* d'elle. La capacité juridique n'est pas matériellement changée mais seulement *cumulée*. La situation n'est pas fondamentalement différente lorsque la responsabilité d'une société mère est recherchée pour le motif qu'elle a sous-capitalisé sa filiale et ne l'a ainsi pas assez pourvue pour lui permettre de conduire une activité économique indépendante. Dans un tel cas d'abus de droit, il ne s'agit pas de reconnaître une responsabilité illimitée de la société mère mais plutôt de procéder à une compensation interne des pertes correspondant à une sorte de garantie fondée sur la transparence pour l'insolvabilité de la filiale. Ici également, ce n'est pas l'indépendance juridique de la filiale que l'on conteste, mais on met en cause sa dotation suffisante en actifs dans le cadre d'un groupe pour garantir les créanciers menacés d'un dommage (SCHMIDT, p. 200 ss).

b) Il reste à examiner la *portée subjective* de la clause arbitrale du contrat conclu le 20 mai 1988 au regard des conditions de responsabilité selon la théorie de la transparence. A cet égard, il convient de préciser que chaque cas de transparence matérielle dans le sens décrit ci-dessus ne conduit pas nécessairement à étendre à la société mère une clause arbitrale conclue par sa filiale. Certes, l'opinion est défendue en doctrine qu'une convention d'arbitrage conclue par une société de personnes lierait également les associés légalement responsables des engagements de la so-

ciété (SCHLOSSER, Das Recht der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2^e éd., p. 324 n° 3; SCHWAB/WALTER, Schiedsgerichtsbarkeit, 5^e éd., p. 68 n° 26). Cela vaudrait également s'il découle du contrat contenant la clause arbitrale un engagement des associés ou de la société mère qui se fonderait en particulier sur l'apparence juridique. Ce sera par exemple le cas d'une société mère qui doit se laisser opposer une procuration apparente, parce qu'elle avait toléré qu'une filiale en soi indépendante se fasse passer pour une succursale (ATF du 1^{er} septembre 1993 dans la cause C.N.M.E. Corp. contre L.M. AG, cité par les recourantes). Dans la présente affaire, il convient de dénier une telle portée à la clause arbitrale, en raison des faits que le tribunal arbitral a constatés et qui lient le Tribunal fédéral (c. 5 *supra*).

Si l'obligation de la société mère repose sur une cause juridique extra-contractuelle, par exemple la protection de la confiance, la responsabilité délictuelle ou une violation des devoirs institués par le droit des sociétés ou le droit des groupes de sociétés, son assujettissement à la clause arbitrale demande en principe une *déclaration de volonté indépendante* et valable quant à la forme. C'est seulement si l'on dénie à la filiale son indépendance en tant que personne morale selon le principe de la transparence qu'il se justifie en règle générale d'étendre sans autre les obligations découlant de la clause arbitrale à la société mère, puisqu'il est alors possible de transférer les effets du contrat. La situation est cependant différente s'il faut seulement imputer à la société mère, du fait de la domination personnelle, une responsabilité supplémentaire, notamment en procédant à une compensation interne des pertes selon le principe de la transparence. Ce qui est ici déterminant, c'est que l'engagement des deux sujets de droit repose sur des causes juridiques différentes, ce qui exclut la possibilité d'étendre le caractère obligatoire de la convention arbitrale au sujet de droit qui ne l'a pas conclue. Dans le cas de transparence en raison d'une société d'un groupe qui est sous-capitalisée, la clause arbitrale convenue par la filiale n'a de force obligatoire pour la société mère que si celle-ci s'y est soumise par une déclaration de volonté correspondante.

Dans la présente affaire, les recourantes exigent la même prestation de la société mère que de la filiale. Vue sous cet angle, la clause arbitrale convenue par la filiale n'engagerait la société mère que si celle-ci s'y était soumise par une déclaration de volonté correspondante. Les cons-

tatations de fait du tribunal arbitral ne permettent pas d'arriver à une telle conclusion. On ne peut pas non plus fonder une compétence du tribunal arbitral en ce qui concerne B par une application de la théorie de la transparence en droit des sociétés.

7. Les mêmes réflexions s'opposent à l'opinion qui désire soumettre B à la clause arbitrale conclue par C, suivant en cela la doctrine des groupes de sociétés. Abstraction faite qu'un tel engagement, notamment par rapport à une clause arbitrale, ne doit être admis que de manière *restrictive* (SCHLOSSER, p. 324 ss n° 426), il suppose - aussi d'après la conception des recourantes - des circonstances particulières, qui justifient la protection de la confiance du tiers en raison de l'*apparence juridique* créée. Selon les constatations du tribunal arbitral dans la présente affaire, il ressort que les recourantes avaient conscience de s'être exclusivement engagées par ce contrat avec C, et que B ne s'est pas plus immiscée dans l'exécution du contrat que ce qu'exigeait sa situation d'entrepreneur principal. Il apparaît également infondé de prétendre que B a créé une situation juridique peu claire et a provoqué ou exploité l'erreur des recourantes.

Arrêt du 29 janvier 1996
1^{ère} Cour civile du TF
(4P.330/1994, 4P.332/1994/kls)

CONTRAT D'ARCHITECTE CALCUL DU DOMMAGE EN CAS DE PLUS- VALUE

Faits

A. Contrat du 19 février 1981 par lequel W, maître d'ouvrage et demandeur, confie à l'architecte R, défendeur, divers travaux d'architecture pour la construction d'une maison familiale. Honoraires forfaitaires de Fr. 32'000.- et renvoi à la norme SIA 102 (version 1969) avec l'exception des art. 5.5 et 6.1.

Le 12 mai 1981, le défendeur établit un "devis général approximatif" de Fr. 507'600.- remplacé le 16 juin 1981 par un nouveau devis de Fr. 440'700.- (sans le garage à Fr. 26'000.-).

Lettre du 13 avril 1982 par laquelle le demandeur émet des objections à l'encontre des

travaux du défendeur. Par la suite, réclamation à propos d'un dépassement massif du devis puis retrait du contrat par lettre du 14 août 1982.

B. Le demandeur fait valoir un dommage de Fr. 100'000.- dû à un dépassement des coûts de 30 à 50 % dont le défendeur répond. Par jugement du 10 octobre 1991, le Tribunal du district de Werdenberg condamne le défendeur à payer au demandeur le montant de Fr. 76'400.- plus intérêt de 5 % dès le 14 août 1987. Recours en réforme du défendeur au Tribunal cantonal de St-Gall, qui l'accueille en partie et le condamne à payer au demandeur Fr. 51'000 plus intérêt.

C. Les deux parties recourent en réforme au Tribunal fédéral. Le défendeur conclut au rejet complet de la demande tandis que le demandeur conclut à la condamnation du défendeur au paiement de Fr. 100'000.- plus intérêt.

D. Le Tribunal fédéral rejette les recours dans la mesure où ils sont recevables et confirme le jugement attaqué.

Extrait des considérants

2. Les deux parties critiquent l'appréciation du dommage par l'instance inférieure. Le défendeur fait valoir que son manque d'expérience professionnelle et une soi-disant faute concomitante du demandeur n'ont, à tort, pas été retenus. Le demandeur se plaint de ce que l'instance inférieure ne lui a pas accordé le montant total du surcoût après déduction d'une marge de tolérance.

a) Lors de dépassement de devis dont l'architecte répond, il s'agit de déterminer si le surcoût est imputable à des *charges supplémentaires* ou à des *imprécisions du devis*, respectivement à un défaut de surveillance des dépenses (ATF 119 II 249 [JdT 1994 I 303] c. 3b/aa). La responsabilité pour des *charges supplémentaires* imputables à l'architecte, contraires au contrat et qu'il aurait pu épargner au maître s'il avait correctement conduit le chantier, est indépendante de l'établissement du devis. L'architecte doit alors réparer le dommage équivalent au surcoût du moment qu'il l'a causé *fautivement* (par un tracé de plans peu économique ou défectueux, une adjudication défavorable, des instructions inexactes, etc.) (GAUCH, *Überschreitung des Kostenvoranschläges - Notizen zur Vertragshaftung des Architekten [oder Ingenieurs]*, in DC 1989 p. 79

[cité : Kostenvoranschlag]; *idem*, Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschläges, in *Mélanges Wolfgang Heiermann*, p. 82). Se référant à l'expertise demandée par le Tribunal de district, l'instance inférieure a considéré que les coûts supplémentaires que le défendeur a causé fautivement - par un tracé de plans défectueux, un défaut de surveillance des travaux, etc. - et qui ne correspondent pas à une plus-value du bâtiment, s'élèvent à Fr. 40'000.-. Ce point n'est pas contesté par les parties.

b) D'après l'expertise à laquelle elle renvoie explicitement, l'instance inférieure a évalué la *valeur objective* de la maison familiale à Fr. 565'700.-. Le demandeur voit là une erreur manifeste. Aux postes du devis du 16 juin 1981 sont confrontés dans l'expertise leur *valeur effective*. L'expert a estimé la valeur effective du bâtiment après déduction du surcoût provoqué par le tracé de plans défectueux. Il n'est ni démontré ni clair et évident jusqu'à quel point le Tribunal cantonal a commis une erreur manifeste en considérant que la valeur effective, tel que déterminée par l'expert à Fr. 565'726.-, correspond à la valeur objective de la maison. Ce grief est ainsi infondé dans la mesure où il satisfait aux exigences formelles de recevabilité (art. 55 al. 1 *lit.* d OJF. ATF 115 II 399 c. 2a [fr.], ATF 113 II 522 [JdT 1988 I 354] c. 4b). L'instance inférieure a déterminé une plus-value objective d'environ Fr. 100'000.- (Fr. 565'726.- ./ Fr. 466'700.- [montant du devis]), ce qui lie le Tribunal fédéral.

c) Le demandeur ne subit pas de diminution objective de son patrimoine dans la mesure où l'on admet, en regard du surcoût, une *plus-value objective* de Fr. 100'000.- par rapport au devis (cette conception du dommage est critiquée par HONSELL, PJA 1993, p. 1261). D'après les constatations de l'instance inférieure, les coûts de construction supplémentaires (en tout environ Fr. 165'000.-) ont tous été nécessaires à l'achèvement du projet planifié. L'instance inférieure a tenu pour vraisemblables les déclarations du demandeur selon lesquelles il aurait consenti à des économies, par exemple le garage, la disposition des pièces et le cubage de la maison, s'il avait connu les coûts effectifs. Elle n'a cependant pas déterminé le montant de ces économies, ce qui n'est pas critiqué dans le recours. Elle a imputé au demandeur les 2/3 de la plus-value objective (Fr. 70'000.-), ce que le demandeur estime contraire au droit fédéral.

aa) L'architecte répond du dommage que le maître d'oeuvre a subi en raison de la confiance qu'il avait dans la fiabilité de l'*information relative aux coûts*, mais le dommage du maître ne correspond pas à la plus-value objective de la construction qui résulte du dépassement des coûts (ATF 119 II 249 [JdT 1994 I 303] c. 3b/bb; RAINER SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten für seine Kosteninformation, recht 1994, p. 134; GAUCH, Kostenvoranschlag, p. 81; *contra* HANNES ZEHNDER, Die Haftung des Architekten für die Überschreitung seines Kostenvoranschlages, thèse, Fribourg 1993, qui tient pour déterminante la valeur réelle). Le demandeur n'est lésé que dans la mesure où il aurait disposé autrement de ses moyens financiers s'il avait eu connaissance de l'inexactitude du devis, si la plus-value - imposée - est pour lui inutile ou si l'investissement dépasse ses possibilités économiques. Dans la mesure où il faut considérer la plus-value comme un *profit* pour le maître lorsqu'il y a un intérêt personnel, on peut calculer le dommage déterminant comme la *différence* entre la *valeur objective* de la construction et l'*utilité subjective* pour le maître (ATF 119 II 249 [JdT 1994 I 303] c. 3b/bb). Toutefois, selon le considérant 3c de ce même arrêt, cette utilité subjective est limitée au montant devisé plus une marge de tolérance ainsi que les surcoûts dont le maître répond; ce raisonnement ne peut être suivi (*cf.* GAUCH, Anmerkung zu BGE 119 II 249 ff, DC 1994 p. 49). La différence entre le montant ainsi calculé et le coût d'exécution effectif correspond en réalité à la *limite supérieure* du dommage qui peut survenir à la suite des imprécisions du devis. On ne peut suivre le raisonnement du demandeur qui évalue la valeur subjective de la construction au montant du devis plus une marge de tolérance de 10 %. Le fait que le devis ait servi de base pour la formation de sa volonté, puis pour prendre sa décision, et qu'il aurait dû pouvoir s'y fier ne signifie pas qu'il ne profite pas de l'utilité subjective de la plus-value et que son dommage s'élève à l'intégralité de la différence, soit Fr. 81'000.- (dépassement du devis de Fr. 165'000 ./.. marge de tolérance de Fr. 44'000.- ./.. autres violations du contrat par le défendeur de Fr. 40'000.- [*supra* c. 2a *in fine*]). Que le demandeur ne défende pas sérieusement cette opinion ressort aussi de sa demande limitée à Fr. 100'000.- et non à Fr. 120'000.-.

bb) L'existence et l'étendue de l'avantage subjectif, en tant qu'éléments du dommage, sont soumis à l'appréciation du juge selon l'art. 42 al. 2 CO. La fixation équitable du dommage au sens de

l'art. 42 al. 2 CO repose sur une évaluation d'éléments de fait, ce qui la soustrait au contrôle du Tribunal fédéral lors du recours en réforme (MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Art. 4 CC n° 28 ss, 61 et 75; KUMMER, Berner Kommentar, Art. 8 CC n° 70 et 245). Concernant l'existence et l'étendue du dommage, le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait auxquelles le juge du fond s'est livré, dans la mesure où celui-ci n'a pas méconnu la notion juridique du dommage ou les principes juridiques régissant le calcul du dommage (ATF 119 II 249 [JdT 1994 I 303] c. 3a; ATF 116 II 441 [JdT 1991 I 166] c. 3a). Il existe une exception pour les conclusions et les déductions qui reposent exclusivement sur l'expérience générale de la vie et qui, en tant que critères d'expérience abstraits, dépassent l'état de fait concret pour prétendre à une valeur générale dans des cas analogues et assument, pour cette raison, la même fonction que des normes juridiques. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dans le cadre du recours en réforme est alors libre. En revanche, lorsque le juge cantonal se fonde uniquement sur l'expérience générale de la vie afin de déduire des preuves apportées ou des circonstances du cas concret un dommage déterminé, il y a appréciation des preuves non soumise au contrôle du Tribunal fédéral (ATF 117 II 256 [JdT 1992 I 308] c. 2b; ATF 115 II 440 [JdT 1990 I 362] c. 5b).

cc) L'instance inférieure a estimé que l'*utilité subjective* que le demandeur retire de la plus-value de la construction correspond à Fr. 70'000.-, soit les 2/3 de la plus-value estimée à environ Fr. 100'000.-, et elle a soustrait cette somme aux Fr. 81'000.- de dommage tel que calculé ci-dessus. Pour apprécier l'utilité de la plus-value qu'on impose au demandeur, le Tribunal n'a pas comparé, grâce à un pronostic fiable des coûts, l'utilité des solutions alternatives possibles avec l'utilité de la construction en question. Il n'a pas non plus estimé l'intérêt que le demandeur avait pour les prestations supplémentaires auxquelles il aurait, d'après ses affirmations, pu renoncer (garage, meilleure disposition des pièces, cubage supérieur). Il a simplement estimé que les dépenses supplémentaires se justifiaient en général pour réaliser le projet en question (à l'exception d'un investissement d'environ Fr. 2'600.-), et que la construction présentait objectivement une plus-value de Fr. 100'000.-. Le demandeur n'a pas aliéné la construction, contrairement à ce qu'il affirmait incidemment dans son recours. Qu'il conserve cette possibilité de réalisation n'est pas

sans intérêt subjectif, même pour un bien-fonds qu'il utilise. Une utilité subjective se conçoit d'autant mieux que le projet réalisé correspond en principe mieux aux besoins du maître (pour ce qui a trait à la disposition des pièces, des plus grandes pièces, d'un garage tout de suite disponible) que les solutions alternatives possibles, ce que les sacrifices supplémentaires nécessaires et les autres restrictions (crédit plus onéreux et contribution propre supplémentaire) ne parviennent pas à contrebalancer. L'instance inférieure n'a pas violé le droit fédéral en attribuant au bâtiment une utilité subjective compensant en partie la plus-value objective qui a été imposée au demandeur. Ce que le demandeur fait valoir contre la détermination de cet avantage - fondé en partie du moins sur un état de fait différent de celui constaté par l'instance inférieure - est dirigé contre l'appréciation des preuves par l'instance inférieure et ne peut être contrôlé dans la présente procédure (art. 63 al. 2 OJF).

d) Contrairement à la conception du défendeur, il n'existe pas de raisons pour une réduction de l'indemnité au sens des art. 43 et 44 CO en relation avec l'art. 99 al. 3 CO. On renverra aux considérants pertinents de l'arrêt attaqué, dans la mesure où les arguments du défendeur ne sont pas dirigés contre des constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral.

Arrêt du 10 janvier 1996
1^{ère} Cour civile du TF
(ATF 122 III 61 [all.])

NOTES DE JURISPRUDENCE

EXCEPTION D'ARBITRAGE

Dans un arrêt du 29 avril 1996 (ATF 122 III 139 [fr.]), le Tribunal fédéral vient de confirmer un *obiter dictum* récent sur la question du pouvoir d'examen d'un juge étatique suisse saisi d'une exception d'arbitrage (cf. ATF 121 III 38 c. 2b [fr.]). L'arrêt se fonde sur les considérants suivants.

1) La cour cantonale a appliqué à juste titre la LDIP pour statuer sur sa compétence. En effet, le tribunal arbitral à constituer en l'espèce aurait son siège en Suisse, ce qui rend inapplicable la Convention de New-York pour la reconnaissance

et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12).

2) Aux termes de l'art. 7 *lit.* b LDIP, le juge étatique suisse en présence d'une convention d'arbitrage visant un différent arbitrable déclinera sa compétence, à moins qu'il ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. Se pose alors la question du *pouvoir d'examen* du juge saisi d'une exception d'arbitrage pour statuer sur sa propre compétence. Le Tribunal fédéral a déjà jugé dans l'arrêt précité que, si le tribunal arbitral a son siège à l'étranger, le juge étatique suisse doit statuer sur l'exception d'arbitrage avec un plein pouvoir d'examen (art. II al. 3 Convention de New-York). Il en va de même lorsque cette question est tranchée en dernier ressort par le juge ordinaire (art. 36 *lit.* b Concordat suisse sur l'arbitrage et 190 al. 2 *lit.* b LDIP).

3) Comme le système suisse attribue en priorité au tribunal arbitral le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, lorsque celle-ci est contestée devant lui (*Kompetenzkompetenz*), le juge étatique saisi d'une exception d'arbitrage doit se limiter à examiner sommairement s'il existe *prima facie* une convention d'arbitrage, afin de ne pas préjuger de la décision du tribunal arbitral sur sa propre compétence. Ce point de vue correspond non seulement à l'avis de la doctrine dominante, mais il est aussi conforme au sens de l'art. 7 *lit.* b LDIP qui *impose* au juge de décliner sa compétence en présence d'une telle convention. Le juge devra décliner sa compétence si l'examen *sommaire* de la convention d'arbitrage ne lui permet pas de constater que celle-ci est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. A défaut de pareille évidence, le tribunal arbitral, s'il a un siège en Suisse, sera de toute manière habilité à statuer sur sa propre compétence en vertu de l'art. 186 LDIP. Dès lors, exiger davantage du juge étatique reviendrait à paralyser la procédure arbitrale.

S.B.

AUGMENTATION AUTORISÉE OU CONDITIONNELLE ?

Dans un arrêt du 18 janvier 1996 (4A.7/1995/mks) qui ne sera pas publié aux ATF, le Tribunal fédéral a rejeté un recours de droit administratif qui tendait à faire constater qu'une augmentation

conditionnelle du capital avait été inscrite à temps au registre du commerce.

1) L'assemblée générale d'une SA décide une "augmentation conditionnelle" de son capital. Celui-ci "peut" être augmenté jusqu'au 31 décembre 1994 par émission de 22'000 actions nominatives en faveur de R. B. (président du conseil d'administration et directeur de la SA). Demande d'inscription le 31 mars 1995 refusée par le registre du commerce.

2) Lors d'une augmentation *autorisée*, le conseil d'administration est autorisé à augmenter le capital pendant un certain délai (art. 651 al. 1 CO). L'inscription au registre du commerce a un effet constitutif (art. 652b al. 3 CO). L'augmentation *conditionnelle* n'est pas soumise à un délai. L'inscription au registre du commerce a seulement un effet déclaratif (art. 653b CO).

3) Une augmentation *conditionnelle* peut aussi être limitée dans le temps. Toutefois, aux termes des art. 681 al. 2 et 706 CO, il paraît problématique de limiter les droits des actionnaires pour d'autres raisons que celle évoquée à l'art. 682 CO (non-libération des actions souscrites). Il semble ainsi douteux qu'une augmentation conditionnelle soit caduque du simple fait que le conseil d'administration ne l'ait pas inscrite dans le délai péremptoire fixé par l'assemblée générale.

Il en va autrement en présence d'une forme *mixte* d'augmentation du capital entre l'augmentation conditionnelle et l'augmentation autorisée (ou ordinaire).

4) Dans la présente affaire, un droit d'option unique a été accordé à R. B. Cette forme est contraire au but recherché par l'augmentation conditionnelle, qui accorde en principe un droit d'option à un nombre indéterminé d'ayants droit (*contra* FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, p. 763 n° 328 et N. 107). La question n'a pas à être tranchée ici.

5) En l'espèce, seuls le titre de la clause statutaire et le fait que R. B. était au bénéfice d'un droit d'option parlent en faveur d'une augmentation conditionnelle. Les autres éléments vont tous en direction d'une augmentation autorisée. En présence d'une telle forme mixte, il se justifie de considérer que la demande d'inscription au registre du commerce est une *condition de validité* de l'augmentation. En outre, il ressort clairement de la décision de l'assemblée générale que le délai au 31 décembre 1994 se référerait à l'augmentation du capital en tant que tel et non au droit d'option de R. B. L'augmentation aurait dû être annoncée au registre du commerce jusqu'à cette date.

S.B.

FORMATION CONTINUE

L'IFPI et l'INGRES nous annoncent un séminaire ayant pour objet

DAS WIDERSPRUCHSVERFAHREN

le **mercredi 9 octobre** 1996 à Langenthal (AG).

Renseignements et inscription auprès de Mme N. Granges, IFPI, Einsteinstr. 2, 3003 Berne.

Le CEDIDAC et l'Université de Genève organisent deux journées d'étude sur

LA LOI RÉVISÉE SUR LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE

le **vendredi 11 octobre 1996** à l'Université de Lausanne

et

le **lundi 14 octobre 1996** à l'Université de Genève.

Renseignements et inscription auprès du CEDIDAC. Délai d'inscription : 20 septembre 1996.
